



Responsabilidad de Patronos y Directivos de las Fundaciones.

1. Responsabilidad civil de fundaciones, patronos y directivos.....	1
a. Responsabilidad de los patronos frente a la Fundación y acción en interés fundacional.	3
b. Responsabilidad frente a terceros.	4
c. Responsabilidad de patronos por deudas de la fundación y fundaciones en situación concursal.	7
d. Responsabilidad subsidiaria de patronos y administradores en el ámbito tributario y de subvenciones.	9
2. Responsabilidad penal de fundaciones y responsabilidad penal de patronos y directivos.	11

1. 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 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 administradores.

Dado que la fundación puede contraer obligaciones por cualquiera de las formas que prevé el art. 1.089 CC, dichas 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 produce un concurso entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. En esos casos el resultado dañoso es susceptible de considerarse a la vez como una infracción contractual, que generaría responsabilidad de este tipo o como un supuesto de responsabilidad extracontractual, por vulneración del principio genérico de no lesionar a los demás. En este supuesto podrían encontrarse, por ejemplo los daños que pudieran causarse por la realización de las actividades propias de la fundación, tales como las asistenciales, las educativas o las sanitarias, a los beneficiarios de la fundación.



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. La acción para hacer efectiva dicha responsabilidad variará y será una acción autónoma o concurrente, según el tipo de responsabilidad ante el que nos encontremos.

Por otra parte, debe plantearse sobre qué cargos de la fundación ha de recaer la responsabilidad. Es clara la responsabilidad del Presidente u otros cargos y de los vocales del Patronato, y también es clara la responsabilidad del Secretario, si éste es patrono. En caso de no ser patrono, dicho régimen no le será aplicable, si bien le será aplicable 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: redacción de las actas, visado de las mismas, emisión de certificaciones, etc. Si los patronos actúan por delegación, el mero hecho de la delegación no exime de aquella responsabilidad a los restantes miembros del Patronato que hayan acordado la delegación, salvo en aquellos casos en que no hayan cumplido o hayan excedido los términos de la misma.

En cuanto a los directivos, la relación con la fundación puede provenir de la mera relación de dirección de la fundación o de un acto de apoderamiento voluntario, mediante el otorgamiento de las correspondientes facultades por el Patronato de la fundación.

De acuerdo con la doctrina, en el ámbito mercantil la responsabilidad de los administradores no es extensible a los apoderados, y por tanto tampoco lo será en el ámbito de las fundaciones, lo que entraña un riesgo cierto, en tanto a través de apoderamiento se extienden al apoderado facultades propias de los administradores, en este caso de los patronos. Por el contrario, las relaciones del apoderado con la fundación y frente a terceros se rigen por las reglas del mandato. Conforme a ello y de acuerdo con lo previsto en el art. 1718 CC, el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante, esto es, a la fundación. Igualmente podrán resultar responsables frente a terceros en virtud del art. 1.902 del CC.

Por último, en algunos casos, la responsabilidad de los administradores y por tanto de los patronos sí es extensible de forma expresa a los administradores de hecho (aquellos que sin ocupar formalmente ningún cargo controlan o gobiernan la entidad, o aquellos administradores cuyo nombramiento es defectuoso, sustituyendo a los patronos) y a los representantes legales y por tanto a los apoderados. Tal es el caso, como veremos, de la responsabilidad subsidiaria que determina la Ley General



Tributaria o la Ley General de Subvenciones y otros supuestos de responsabilidad civil.

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

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, 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 actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Así pues, la responsabilidad de los patronos es exigible si se produce un perjuicio a la fundación por alguna de las causas señaladas y la misma se determina judicialmente.

El régimen de la responsabilidad de los patronos que establece la Ley se circunscribe al ámbito de la responsabilidad civil y su función es la de resarcir de los daños causados a la fundación por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por quien detenta las facultades de gestión y representación de la persona jurídica, el Patronato. En orden a su calificación como contractual o extracontractual, la mencionada responsabilidad de los patronos frente a la fundación es contractual, en la medida en que se apoya en una relación jurídica preexistente que nace en el momento en el que el patrono acepta voluntariamente su cargo.

En la regulación del régimen jurídico de los patronos se advierte una influencia del derecho de sociedades de capital. Esta influencia, que se extiende también a otros aspectos del derecho de fundaciones, se manifiesta particularmente en lo que atañe a la responsabilidad de los patronos, dado que se atribuye la responsabilidad de los mismos frente a la fundación en torno al criterio de la diligencia. El artículo 17.1 de la Ley 50/2002 establece la obligación genérica de desempeñar el cargo con la diligencia de un "representante leal". Los administradores de las sociedades mercantiles deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.

El cargo de patrono de una fundación no participa de la misma naturaleza que la de administrador de una sociedad pero, sin embargo, sí 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. La referencia de la Ley de Fundaciones al modelo de conducta del "representante leal" pone de manifiesto la trascendencia de las funciones del patrono como representante de intereses ajenos y la relevancia de su actuación.



No obstante, 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 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 artículo 17.3 de la Ley de Fundaciones 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, en cuya adopción no participará el patrono afectado, (ii) por el Protectorado, o (iii) por los patronos disidentes o ausentes, y (iv) por el fundador, cuando no fuere patrono.

La acción de responsabilidad de los patronos frente a la fundación, 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 tal y como se ha comentado anteriormente persigue la finalidad de que se repare íntegramente el daño causado para que ésta pueda reconstruirlo.

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 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.

Así pues, se trata de una responsabilidad por daños y es exigible si se produce un perjuicio a la fundación y la misma se determina judicialmente; que participa en algunos aspectos del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital; que es solidaria; que tiene una naturaleza privada o civil y que es individual y no colectiva (porque quien responde es el patrono y no el órgano al que pertenece).

b. Responsabilidad frente a terceros.

Sin embargo, la Ley de Fundaciones no se refiere a la posible responsabilidad en la que pudieran incurrir los patronos de la fundación frente a terceros. Cuando los miembros del Patronato se relacionan con



terceros en representación de la Fundación, es ésta la que responde como persona jurídica que es. Si la actuación del patrono, como representante de la fundación, ha sido negligente o ilícita, la Fundación puede repetir contra el patrono. No obstante, es claro y ha sido admitido por 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 se extiende a los causados a terceros.

La Ley de Fundaciones no recoge, a diferencia de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), la legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social (art. 240) y tampoco hace ninguna mención a la acción individual de responsabilidad por terceros, por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos (art. 241).

Una parte de la doctrina plantea que el silencio de la Ley de Fundaciones debe interpretarse en el sentido de entender que existe la legitimación de terceros para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los patronos - por ejemplo por un proveedor que tiene un cobro pendiente por parte de la misma - por considerar que el ejercicio de la acción permite actuar o hacer efectivo un interés legítimo del actor, y todo ello mediante la aplicación en sede fundacional de la acción subrogatoria del art. 1.111 CC, que parte de la doctrina considera de aplicación por analogía con el art. 240 de la Ley de Sociedades de Capital. Este precepto faculta expresamente a los acreedores para ejercer la acción 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 el silencio de la Ley de Fundaciones no puede ser interpretado 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 (artículo 332.11.5 CCC). En igual sentido, la normativa de Galicia 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 (artículo 15).

Pues bien, reciente jurisprudencia, particularmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17.9.2009, ha considerado que no cabe la aplicación analógica de la acción individual de responsabilidad, considerando que no concurre ni el requisito de identidad ni tampoco existe



una laguna legal que deba ser suplida por analogía. Por el contrario, considera 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 del CC - *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado* - responsabilidad que puede ser demandada por los acreedores como terceros legitimados que son y cuya prescripción se produce, de acuerdo con lo previsto en el art. 1.968 del CC, a los tres años, a diferencia del acción individual en el ámbito societario, cuyo plazo de prescripción es de cuatro años.

Cabe recordar que conforme al art. 1.903 del CC, la obligación de reparar el daño que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u 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 del órgano de administración – el Patronato – o bien por la vía del art. 1.903.4º del 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 la misma.

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

En el segundo caso, en el art. 1.903.4º del CC el fundamento de la responsabilidad de los directores y administradores (patronos) se basa en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* a los empleados y en la asignación de funciones. En este supuesto, la responsabilidad se atribuye directamente a los administradores y no a la persona jurídica y sería por tanto imputable a los patronos y, entendemos también, según los casos, a los directivos. Sólo en casos excepcionales la jurisprudencia ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad.

Es esta una responsabilidad solidaria entre los causantes y partícipes del daño en los supuestos del 1.902 (actos propios) cuando no se puede individualizar para cada uno de ellos, pero también es solidaria con quienes sean estimados responsables por aplicación del 1.903 (actos ajenos). Conforme al art. 1904 el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

Queda fuera de toda duda la posibilidad de ejercicio de la acción de responsabilidad por el Protectorado, a iniciativa o impulso del tercero, con interés legítimo, posibilidad prevista en alguna normas como en la Ley de Fundaciones del País Vasco (art. 15.4 de la Ley 12/1994, de 17 de junio).



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

La Ley de Fundaciones no contempla la acción de responsabilidad de los patronos por deudas de la fundación. En efecto, la Ley de Fundaciones no contiene un precepto análogo al artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye a los administradores de las sociedades de capital una responsabilidad por deudas que se ha llegado a calificar de objetiva o cuasi-objetiva por la doctrina y la 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 ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.* La aludida sentencia del tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha excluido también la aplicación a los patronos del régimen de responsabilidad por deudas de los administradores de sociedades de capital.

En el caso de las fundaciones, la Ley 50/2002 no contempla como causa legal de disolución *"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 no sea consecuencia del cumplimiento de una Ley"*.

Por el contrario, el art. 31 de la 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 Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (RD 1337/2005, de 17 de noviembre) el que señala 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, con cierto paralelismo en la legislación mercantil, no establece sin embargo las posibles respuestas a tal situación, que en dicha legislación conllevarían bien la posibilidad de reducir el capital social hasta que se equipare al patrimonio contable, siempre y cuando no



quede reducido a menos de la mitad, bien el posible aumento de capital. Y en todo caso no establece tal reducción grave de los fondos propios como causa de disolución. Y dado que no se contempla tal obligación de disolución, no puede contemplarse tal causa de responsabilidad de los patronos. No obstante, si se determina que tal situación ha producido un daño o 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 Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), en tanto la declaración de concurso podrá proceder respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, estando legitimados para solicitar la declaración de concurso el deudor y cualquiera de sus acreedores. En consecuencia no cabrá, como en el caso de las sociedades mercantiles, la responsabilidad de los patronos por las deudas de la fundación por no haber instado la disolución de ésta pero sí resultará de aplicación el art. 172.3 de la Ley Concursal: *Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.* En consecuencia sí podrá determinarse la responsabilidad de los patronos por incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso de la fundación y siempre y cuando el concurso fuera calificado como culpable.

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 tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: i) Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso; ii) Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, 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; iii) Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, 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 en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso (en este caso para las fundaciones, en tendemos que en caso de que no hubiera presentado las



cuentas al Protectorado y en el Registro Mercantil en caso de esta obligado a consolidar).

En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: i) 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; ii) 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; iii) Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado; iv) 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; v) Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos; y vi) Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

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

Conforme a la construcción de la Ley General Tributaria y de la Ley General de Subvenciones, tanto en el ámbito tributario como en el ámbito de las subvenciones públicas, en primer lugar la Administración perseguirá los bienes del deudor principal, y resultando este hecho 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 ese caso y por aplicación del art. 41.5 de la LGT, *la derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios.*

Conforme al art. 43 de la Ley General Tributaria serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria, entre otras, las siguientes personas o entidades:

- 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. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad en la que incurran aquellas personas que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria.

- 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.

Antes de la reforma de la Ley General Tributaria, la doctrina tributaria y la jurisprudencia hacían una interpretación restrictiva del término administrador, lo que en el ámbito fundacional reduciría tal responsabilidad únicamente a los patronos. Sin embargo, tras la reforma, la responsabilidad tributaria se extiende a quienes efectivamente ejerzan la gestión y lleven la dirección de la fundación, sean directores generales, apoderados, administradores de hecho, etc.

En cuanto a la diligencia exigible a los patronos, cuya falta pueda dar lugar a responsabilidad tributaria, se plantean también aquí las diferencias existentes entre los administradores sociales y los representantes de las entidades sin fines lucrativos. También aquí, consideramos que debe exigirse la diligencia de un representante leal, atendiendo a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley de Fundaciones y a la distinta naturaleza del cargo de patrono.

Asimismo y tal y como se ha señalado en relación con las características generales de la imputación de la responsabilidad a los patronos, habrá que atender a la estructura organizativa de la fundación tanto para determinar la responsabilidad de cada uno de los patronos como para determinar la



responsabilidad de éstos por el incumplimiento de las obligaciones de quienes de ellos dependan. Ha de existir dolo y culpa incluidas la culpa *in vigilando*.

Conforme a lo dispuesto en el art. 40.3 y 4 de la Ley General de Subvenciones:

- 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 realizasen 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.
- Asimismo, 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.

La LGS maneja un concepto de responsable traído del ámbito tributario.

2. Responsabilidad penal de fundaciones y responsabilidad penal de patronos y directivos.

Hasta hace poco, al referirnos a la responsabilidad penal de los administradores y, en este caso, de los patronos, debíamos partir de un principio básico que recogía nuestro Derecho Penal y es el de que las personas jurídicas, es decir, las sociedades, no tienen capacidad para ser responsables penalmente. Esta situación ha cambiado con 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.

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 aquellos otros supuestos 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. Estos principios son el de culpabilidad, es decir, es necesario que el sujeto haya actuado con dolo, o en los casos que contempla expresamente el Código Penal, con culpa. Y por otra parte, el principio de responsabilidad personal, esto es, se responde por hechos propios. Así las cosas, es necesario determinar, en estos casos qué personas físicas han actuado personalmente como autores o cómplices. Además, esta responsabilidad puede ser determinada respecto de los administradores ya lo sean de derecho (patronos), o de hecho (en sentido amplio, quienes ostenten facultades de dirección, gestión, administración, representación o cualquier otra, o que simplemente gobiernen), que en el ejercicio de sus funciones realicen actuaciones ilícitas en nombre o representación de la fundación.

Los tipos delictivos de los que los administradores pueden resultar responsables, pueden ser: estafas y apropiaciones indebidas (art. 248 a 254 C.P.); delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 270 a 288 C.P.); delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 305 a 310 C.P.); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; delitos contra los Derechos de los trabajadores (art. 311 a 318 C.P.); delitos societarios (art. 290 a 297 C.P.); Insolvencias punibles (art. 257 a 261 C.P.)

Como se ha señalado, la LO 5/2010, de 22 de junio, que ha modificado el CP, sí establece de forma clara la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el nuevo artículo 31. bis.

"En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido cometer los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso".

La responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye la responsabilidad de la persona física, pudiendo concurrir ambas, y no se hace depender de la responsabilidad de una persona física. A diferencia del modelo anterior, la responsabilidad penal será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Los delitos que podrán imputarse a la persona jurídica son: delitos de obtención o tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o trasplante de los



mismos (arts. 156 bis.3); delito de trata de seres humanos (art. 177 bis.7); delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis); delitos contra la intimidad por descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197.3); delitos de estafa (art. 251 bis), insolvencias punibles (art. 251 bis), daños informáticos (art. 264.4); delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores (art. 288), blanqueo (art. 302.2); delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4); delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 327 y 32); delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343.3); delitos de riesgo provocados por explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes u otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos (art. 348.3); delitos contra la salud pública por medio de drogas (art. 369 bis); delitos de falsificación de tarjetas de crédito (art. 399 bis); delitos de cohecho (art. 427.2), tráfico de influencias (art. 430), delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2); y delitos de colaboración con organización terrorista (art. 576 bis).

La multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional 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 las personas físicas es de dos años. La extensión mínima será de diez días (art. 50.3).

Con respecto a la cuota diaria será de 30 euros como mínimo y 5000 euros como máxima, mientras que en las personas físicas va de 2 a 400 euros (art. 50.4).

En cuanto a la multa proporcional, se calculará, según prevé el art. 52.4, atendiendo al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. Y cuando con arreglo a estos criterios no sea posible calcular el importe de la multa, el Juez o Tribunal habrá de motivar tal imposibilidad y sustituirá la multa proporcional por multa por cuotas.

Pero además se prevé respecto a las personas jurídicas:

- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva, si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.



- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.
- Inhabilitación 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 (tiene carácter temporal y no podrá exceder de quince años).
- Disolución de la persona jurídica.

Son atenuantes:

- 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.

Una de las circunstancias atenuantes es haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que pudieran cometerse por la organización. La Ley no especifica qué ha de entenderse por medidas eficaces, a salvo de lo previsto en alguna legislación sectorial como la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales, la legislación sobre prevención de riesgos laborales, entre otras, así como, en caso de contar con ellos, en los códigos, normas o recomendaciones de buen gobierno que hubieran aprobado las fundaciones o a los que se hubieran acogido o adherido. Por ello, es recomendable que las fundaciones implanten determinadas medidas y controles adecuados de prevención, de formación de directivos y empleados y de revisión de dichas medidas, y que dichos procesos estén documentados para servir como medios de prueba. En todo caso, es recomendable que las fundaciones cuenten, al menos con unos procedimientos predeterminados de evaluación previa del destino de los fondos y de los criterios de selección de beneficiarios.

Es necesario recordar que la comisión de un delito por una persona jurídica generará la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el



delito. 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, ambas serán responsables solidarias del pago del importe de la responsabilidad civil. En todo caso hay que recordar que, para los tipos de delito en que no está prevista la responsabilidad penal de la persona jurídica, sigue vigente el art. 120 del Código Penal, por lo que la empresa, en este caso la fundación, será responsable civil subsidiaria respecto de los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por sus administradores o empleados.

Por otra parte debe señalarse 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 de hecho o de derecho, por no haber ejercido sobre las personas sujetas a su autoridad o en general, sobre el personal dependiente, de la condena penal de la fundación, pudiera derivarse el ejercicio de la acción de responsabilidad – civil – 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 (2009) José Miguel, "Obligaciones y responsabilidad de los patronos", en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, Iustel, Madrid.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Roberto, "La responsabilidad civil y penal de los administradores sociales", *Noticias Jurídicas*, Febrero, 2008.
- LORENZO, Rafael de (1995), "Responsabilidad de los patronos", *Comentarios a las 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*, núm. 10, 2004.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, abril, 2001, <http://vlex.com/vid/32817>



Asociación Española de Fundaciones

- 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*, núm. 172.
- SORIA SORJÚS, J., "La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia", *La Ley*, nº 7640 (Artículos Jurídicos, Uría Menéndez, http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2995/documento/jos_eSoria.pdf?id=2757)