

1. RESPONSABILIDAD CIVIL DE FUNDACIONES, PATRONOS Y DIRECTIVOS

1.3. RESPONSABILIDAD DE PATRONOS POR DEUDAS DE LA FUNDACIÓN Y FUNDACIONES EN SITUACIÓN CONCURSAL

Rafael SEBASTIÁN QUETGLAS
Abogado, Uría Menéndez

Martín JORDANO LUNA
Abogado, Uría Menéndez

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. ACCIÓN DE LOS TERCEROS CONTRA LOS PATRONOS
3. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS POR DEUDAS DE LA FUNDACIÓN
4. FUNDACIÓN Y CONCURSO: RÉGIMEN GENERAL
 - 4.1. *Fundaciones y efectos de las acciones*
5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PATRONOS EN EL CONCURSO
 - 5.1. *Naturaleza jurídica de la responsabilidad*
 - 5.2. *Atribución de la responsabilidad*
 - 5.3. *Régimen de responsabilidad: elementos*
 - 5.4. *La culpa de los patronos*
 - 5.5. *Facultad discrecional o reglada del juez*
 - 5.6. *Los responsables. Patronos y liquidadores, de hecho o de derecho, y apoderados generales*
6. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

Las fundaciones son personas jurídicas que necesitan de determinados órganos para actuar en el marco de su actividad fundacional. El encargado del gobierno y representación es el Patronato, que deberá adoptar sus decisiones por mayoría y al que le corresponde administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional.

La fundación tiene un gran parecido con la sociedad mercantil, pero a diferencia de esta le faltan los socios o partícipes, cuya función es desempeñada en parte por lo que se denomina el Protectorado. Este órgano es el que vela por el correcto funcionamiento de las fundaciones y está legitimado para el ejercicio de la acción fundacional recogida en el art. 17.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (Ley de Fundaciones), y para instar el cese de los patronos.

El marco de actuación del ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los patronos está determinado por el carácter gratuito de su función, como señala el art. 15.4 de la Ley de Fundaciones y que ha sido objeto de crítica por algunos autores, por entender que esa gratuidad debía atenuar el rigor de la responsabilidad.

No obstante, hay que recordar que el segundo párrafo de ese mismo art. 15.4 de la Ley de Fundaciones permite fijar una retribución adecuada a los patronos por servicios distintos a los que implica el desempeño de las funciones como patrono y que acerca el régimen de responsabilidad al de los administradores de las sociedades de capital.

Y no podemos olvidar para el análisis de la responsabilidad de los patronos que las fundaciones han pasado de tener primordialmente una función asistencial y benéfica a una amplia participación en el mundo empresarial, acercándose su actividad y funcionamiento cada vez más a las sociedades de capital (son las conocidas como «fundaciones-empresa»).

Por este motivo, junto con la acción fundacional recogida en el art. 17 de la Ley de Fundaciones, se plantea la doctrina si existe una acción contra los patronos ejercitable por los terceros con interés legítimo que no se encua-

dra dentro de la mencionada ley, y cuyo fundamento hay que buscarlo en las reglas del Derecho común y, en concreto, en el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual del Derecho Civil.

Aquí los terceros son los que tienen esa acción frente a los patronos por los daños que les hubieren causado. Esta acción, como se ha adelantado, no está incluida en la Ley de Fundaciones, a diferencia de la acción individual de los acreedores frente a los administradores de las sociedades de capital que recoge 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 (Ley de Sociedades de Capital).

Sin embargo, hay que resaltar que las normas fundacionales de algunas Comunidades Autónomas sí que incluyen esta posibilidad como una alternativa distinta a la acción fundacional. Por ejemplo, el art. 332.11 del Código Civil de Cataluña establece que «*la acción de responsabilidad en interés de la fundación es independiente de lo que corresponda a cualquier persona por actos y omisiones de los patronos que hayan lesionado sus derechos e intereses*». Esta norma del Código Civil Catalán no se reproduce en las normas fundacionales de Andalucía, Canarias, País Vasco, La Rioja, Galicia y Castilla León, que se limitan a reproducir el art. 17 de la Ley de Fundaciones o hacer referencia a él.

Adicionalmente a esta responsabilidad de los patronos por su actuación ilícita que genera un daño a un tercero, nos debemos plantear si existe, al igual que en las sociedades de capital, una responsabilidad por deudas cuando la fundación se encuentre en causa de disolución y los patronos no soliciten la disolución (si esta fuera aplicable a las fundaciones), o si procediere, su concurso.

A continuación, vamos a analizar cada una de las cuestiones planteadas.

2. ACCIÓN DE LOS TERCEROS CONTRA LOS PATRONOS

Uno de los primeros problemas que hay que abordar es si los terceros tienen contra los patronos una acción de resarcimiento cuando estos, en el ámbito de sus competencias, causan un daño a su patrimonio. Y esta acción es distinta de la que los terceros tienen contra la fundación si la actuación de esta les ha perjudicado y de la que el Protectorado tiene contra los patronos, por haber actuado estos sin la diligencia debida.

La diferencia entre ambas acciones reside en que en la acción fundacional el bien protegido es el patrimonio de la fundación, mientras que en la acción individual de los terceros, se protege el interés de ese tercero que resulta lesionado.

Y siguiendo al autor que con más claridad ha expuesto este tema, el profesor RIVERO HERNANDO, F., (en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 664/2001, págs. 722 a 757), para que sea objeto de resarcimiento la actuación del patrono se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- (i) Que el patrono haya actuado en ejercicio de su cargo, pero no en nombre de la fundación, sino como órgano de gobierno. Esto incluye actos de gestión, administración o de ejecución. También podrían quedar contemplados en esta categoría los actos de los patronos que no se enmarquen dentro de las facultades propias de la fundación, es decir, que no formen parte de lo que se denomina competencia orgánica.
- (ii) Que el acto del patrono sea ilícito, entendido este dentro de los parámetros del art. 17 de la Ley de Fundaciones, es decir, sin la diligencia debida o en contra de la ley o los estatutos sociales.
- (iii) Que se cause un daño directo en el patrimonio del tercero. Ese daño directo es lo que justifica la acción de este frente al patrono.

Y si concurren estas tres circunstancias la pregunta que hay que hacerse es si los terceros tienen una acción frente al patrono, aunque esta no venga contemplada en el art. 17 de la Ley de Fundaciones, o si por el contrario la ausencia de una norma expresa debe interpretarse como una suerte de exención de responsabilidad.

Esta última interpretación parecería ir más allá de lo que pretende la Ley de Fundaciones, ya que una cosa es no regular la acción de los terceros contra los patronos y otra muy distinta evitar su ejercicio. Además, con esta interpretación los terceros perjudicados no tendrían un remedio eficaz y directo frente a quienes les han causado un daño a su patrimonio.

Ahora bien, el hecho de que la Ley de Fundaciones no mencione la posibilidad de su ejercicio no impide que pueda existir (aunque en el Código Civil de Cataluña se reconoce expresamente su existencia).

En cualquier caso la posibilidad de su ejercicio debe deducirse del principio general previsto en el art. 1902 del Código Civil, en cuya virtud será responsable de reparar el daño causado quien por culpa o negligencia lo cause.

Lo que no resulta posible es presumir la aplicación de la Ley de Sociedades de Capital y otorgarle a los terceros la misma acción individual que allí se regula, ya que no concurren los supuestos exigidos legalmente para una aplicación analógica. Además no es necesario recurrir a dicha aplicación por tener en el art. 1902 del Código Civil la vía adecuada para la subsanación del daño causado.

Esta postura ha sido acogida por las Audiencias Provinciales, a cuyo efecto traemos a colación la de Zaragoza (Sentencia de 10 de junio de 2013) que justifica la falta de aplicación analógica de la Ley de Sociedades de Capital diciendo

«(...) no puede apreciarse que concurran los presupuestos exigidos por el art. 4.1 del Código Civil para la aplicación analógica a los patronos de la Fundación de los arts. 133, 135 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles por faltar la igualdad o similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado y debiendo ser menos rigurosa la responsabilidad exigible a los patronos que a los administradores.»

Y una vez sentada la responsabilidad de los patronos por el perjuicio causado a los terceros, hay que recordar que se responde del daño causado por los actos propios y los de aquellas personas bajo la dependencia del patrono, es decir, los empleados de la fundación que hubieran producido un daño con su actuación.

Por último, se podría plantear en qué medida el Protectorado podría instar la acción de responsabilidad frente a los patronos por el daño causado al patrimonio de los terceros. Y la respuesta debe ser positiva ya que esta posibilidad se puede inferir igualmente del art. 35 de la Ley de Fundaciones y está expresamente recogida, por ejemplo, en el art. 15.4 de la Ley de Fundaciones del País Vasco.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS POR DEUDAS DE LA FUNDACIÓN

La Ley de Sociedades de Capital obliga a los administradores a disolver la sociedad cuando las pérdidas hayan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a menos que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente. Y si no procedieran a la disolución o a la subsanación de la situación, los administradores responderán de forma solidaria respecto de las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución.

La aplicación analógica de la Ley de Sociedades de Capital carece de fundamento como hemos visto anteriormente, sobre todo si tenemos en cuenta que las fundaciones no tienen una cifra de capital social, ni está previsto tampoco que las pérdidas sean una causa que determine su extinción. La referencia en el apartado —1— del art. 31 de la Ley de Fundaciones al supuesto de extinción derivado de la concurrencia de «*cualquier otra causa es-*

tablecida en las leyes», no puede ser interpretado en su sentido amplio para dar cabida a la extinción por pérdida del capital social.

Sin embargo, el art. 22 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, prevé que el Protectorado pueda requerir al Patronato para que adopte los medios oportunos cuando aprecie, durante dos ejercicios consecutivos, una reducción grave de sus fondos propios que ponga en riesgo la consecución de los fines fundacionales.

No cabe duda que la norma que contemplamos viene a corregir una situación anómala en las fundaciones, como puede ser la ausencia de un fondo dotacional para cumplir sus funciones y el mantenimiento de la fundación. Por ello, si los patronos no hubiesen corregido esta situación y hubiesen transcurrido dos ejercicios sin haberse restablecido la situación patrimonial de la fundación, el Protectorado está legitimado para actuar y para requerir a los patronos que adopten las medidas oportunas para corregir esta situación.

Y ante este requerimiento los patronos pueden, o bien ampliar la dotación de la fundación con bienes aportados por el Patronato o por terceras personas o por el fundador, o bien extinguir la fundación por imposibilidad de cumplir el fin fundacional. En este último caso se necesita un acuerdo del Patronato que debe ser ratificado por el Protectorado.

Ahora bien ¿qué sucede si tras el oportuno requerimiento del Protectorado al amparo del art. 22, los patronos no adoptan ninguna decisión?

Ante esta situación lo que está fuera de toda duda es que se pueda instar una acción de responsabilidad frente a los patronos similar a la prevista en la Ley de Sociedades de Capital, por no venir contemplado en la Ley de Fundaciones ni en su Reglamento.

El Protectorado tiene entre sus fines velar por la legalidad y el funcionamiento de las fundaciones y se compagina mal esta obligación si el Protectorado ante el incumplimiento de los deberes de los patronos no adopta alguna acción.

Y entre estas se nos antoja que podría iniciar la correspondiente acción fundacional por aplicación del art. 17.2 de la Ley de Fundaciones o incluso instar el cese de los patronos por incumplimiento del deber de diligencia.

La primera de las medidas (inicio de acción fundacional) estaría fundamentada en la infracción del deber legal y estatutario del cumplimiento del fin fundacional, así como del deber de diligencia, ya que si se carecen de los recursos precisos para cumplir con dicho fin es evidente que no se puede

atender el objetivo para el que se constituyó la fundación. Sin embargo no puede asimilarse la acción fundacional recogida en el art. 17 de la Ley de Fundaciones con la responsabilidad por pérdidas de la Ley de Sociedades de Capital que obliga a la disolución de las sociedades mercantiles, ya que como se recoge en diferentes sentencias de las Audiencias Provinciales, hay que tener en cuenta el carácter gratuito de la actuación de los patronos que hace que la responsabilidad que se les deba exigir no tenga el mismo rigor y amplitud que la de los administradores de las sociedades de capital. Y además podrán exonerarse de esta responsabilidad si ante el requerimiento del Protectorado adoptan medidas encaminadas a ampliar la dotación fundacional, aunque al final estas medidas resultasen insuficientes.

Alternativamente el Protectorado podría acudir al expediente de solicitar el cese de los patronos por falta de diligencia (que debe ser reconocida judicialmente) o por haber causado un daño a la fundación por actos contrarios a la ley o los estatutos, en los términos previstos en el art. 17.2 de la Ley de Fundaciones.

Finalmente, hay que señalar que la acción fundacional ante el incumplimiento del requerimiento efectuado por el Protectorado podría ser ejercida adicionalmente por todas aquellas personas legitimadas para ello por aplicación del art. 17.3 de la Ley de Fundaciones, que en este caso serían los patronos disidentes o ausentes o el fundador, si no fuera patrono.

4. FUNDACIÓN Y CONCURSO: RÉGIMEN GENERAL

La primera pregunta que nos podemos plantear en esta materia es si las fundaciones, en cuanto entidades sin ánimo de lucro, son susceptibles de ser declaradas en concurso de acreedores y sus patronos están sometidos al mismo régimen de responsabilidad que los administradores de las sociedades de capital.

Además de esta cuestión general hay dos problemas prácticos que en sede concursal se plantean: si es la administración concursal la única legitimada para el ejercicio de la acción fundacional de conformidad con el art. 48 *quater* de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Ley Concursal), y si a los patronos se les aplica el régimen previsto en el art. 172. *bis* de la Ley Concursal.

Pero antes de adentrarnos en estos problemas, debemos resolver con carácter previo la aplicabilidad de la Ley Concursal a las fundaciones. La Ley de Fundaciones no trata específicamente sobre el concurso de las fundaciones, pero nada impide aplicar el régimen general previsto en la Ley Concursal. Resulta ilustrativo sin embargo comprobar como el art. 335.4 del Código Civil

Catalán sí que contempla la posibilidad de aplicar la legislación concursal, ya que prevé la disolución de una fundación en caso de apertura de la fase de liquidación en el concurso.

Pero aparte de esta referencia en una norma autonómica, no se contempla ni en la Ley de Fundaciones ni en las regulaciones autonómicas normativa alguna al respecto, por lo que habrá que entender que la Ley Concursal es plenamente aplicable, sin que haya ningún régimen especial a tener en cuenta.

Debemos recordar que las fundaciones tienen personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones. Y además que, conforme a la Ley Concursal, la declaración de concurso procederá respecto de cualquier persona jurídica, por lo que su régimen es plenamente aplicable a las fundaciones.

Esto implica que tanto el Patronato como sus acreedores pueden solicitar el concurso de acreedores cuando la fundación sea insolvente, entendiéndose que están en esta situación aquellas que no puedan cumplir de forma regular sus obligaciones exigibles. Y en este sentido será también de aplicación las presunciones previstas en el art. 2.4 de la Ley Concursal, es decir, el sobreseimiento general en los pagos, embargos o ejecuciones que afecten de manera general al patrimonio del deudor, alzamiento o liquidación apresurada de sus bienes, o incumplimiento generalizado de determinadas obligaciones durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso.

A este respecto, es preciso recordar que el Patronato estará obligado a presentar el concurso en los dos meses siguientes a aquel en que hubiese debido conocer el estado de insolvencia de la fundación, entendiéndose que se ha conocido esta situación si se ha producido alguno de los hechos enumerados en el párrafo anterior.

Finalmente, habrá que considerar que también le son aplicables a las fundaciones los institutos preconcursales del art. 5-*bis* de la Ley Concursal, aunque parece que limitado el supuesto de hecho a que el Patronato haya iniciado negociaciones para alcanzar un convenio anticipado.

4.1. FUNDACIONES Y EFECTOS DE LAS ACCIONES

La Ley de Fundaciones, al regular la acción fundacional contra los patronos en el art. 17 de la Ley de Fundaciones, enumera los sujetos legitimados para su ejercicio y que son: el Patronato, el Protectorado y los patronos ausentes o disidentes.

Sin embargo, no contempla el caso de que la fundación entre en concurso. Esto plantea el problema de compaginar la legitimación del citado artículo con lo previsto en el art. 48.bis de la Ley Concursal para el caso de que la fundación hubiese entrado en concurso. En este supuesto, el mencionado artículo atribuye competencia exclusiva a la administración concursal para el ejercicio de las acciones contra el socio o socios responsables de las deudas anteriores a la declaración de concurso.

Ante esta dualidad de regímenes habrá que entender aplicable con carácter preferente la Ley Concursal. Es verdad que tanto la Ley Concursal como la Ley de Fundaciones son leyes especiales, pero sus ámbitos de aplicación son diferentes. La Ley de Fundaciones se aplica con carácter preferente al Código Civil y Código de Comercio respecto de las situaciones contempladas en ella. Y la Ley Concursal se aplicará como ley especial a la insolvencia de cualquier persona física o jurídica de índole civil o mercantil en línea con lo previsto en su art. 1.

En consideración a cuanto antecede, deberá ser la administración concursal la que, declarado el concurso, podrá con carácter exclusivo iniciar la acción fundacional contra los patronos cuando concurren los supuestos de hecho previstos en el art. 17 de la Ley de Fundaciones.

Así como no hay duda alguna respecto de la acción fundacional, nos debemos plantear si este régimen es el que debe aplicarse respecto de la acción de los terceros contra los patronos y la responsabilidad de los patronos por las deudas de la fundación.

En relación con la segunda cuestión (responsabilidad por deudas de la fundación) la solución debe ser la misma, es decir, que la administración concursal es la que debe entenderse legitimada con carácter exclusivo para su exigencia, ya que es una acción en beneficio de la fundación y tiene un contenido similar a la prevista en el art. 17 de la Ley de Fundaciones.

Más dudas plantea el ejercicio por la administración concursal de la acción contra los patronos por el daño causado a los terceros, ya que esta acción pretende reparar el daño infligido al patrimonio de estos y no al de la fundación y, en consecuencia, debería quedar fuera del ámbito de actuación de la administración concursal.

Sin embargo, algunos autores se replantean esta solución, ya que si los patronos ven disminuido su patrimonio, las posibles acciones fundacionales contra estos no van a tener bienes sobre las que hacerse efectivas. Por ello no es descartable que en un futuro los juzgados de lo mercantil que entiendan del concurso atraigan para sí estas acciones en sede de los arts. 8 y ss. de la

Ley Concursal que otorgan una competencia muy amplia a los juzgados que entienden del concurso.

5

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PATRONOS EN EL CONCURSO

Una vez determinada la aplicación de la Ley Concursal y la legitimidad de la administración concursal para el ejercicio de la acción fundacional y la derivada de las deudas de la fundación, nos debemos plantear si a los patronos le es de aplicación el régimen de responsabilidad por el déficit patrimonial de la fundación que se recoge en el art. 172.bis de la Ley Concursal.

El citado artículo contempla la responsabilidad de los administradores de un concurso declarado culpable y que entra en fase de liquidación por el déficit patrimonial, entendido este como la diferencia entre la deuda satisfecha a los acreedores y el importe total adeudado y no pagado. Y esta responsabilidad es exigible a los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, o apoderados (entre otros) en la medida en que sean declarados personas afectadas por la declaración de concurso culpable. Esta responsabilidad se declara por el juez del concurso y, en el caso de que haya una pluralidad de personas afectadas, deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada responsable.

Hay que recordar que este régimen de responsabilidad solo es exigible si la sociedad entra en liquidación, ya que en caso de convenio no resulta aplicable por cuanto las deudas han sido objeto de novación (reducción o espera) como consecuencia del acuerdo alcanzado con los acreedores. No tendría lógica que a pesar de la reducción acordada se pueda exigir el déficit patrimonial a quien fuera declarado responsable del concurso culpable.

Es verdad que en muchos casos la quita pactada puede ser más gravosa que el importe resultante de la liquidación, pero no hay que olvidar que hay una diferencia esencial. En el convenio la cantidad resultante es fruto del acuerdo entre el deudor y sus acreedores, mientras que en la liquidación la falta de acuerdo entre estos es lo que determina el que se tenga que acudir a esta solución.

5.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD

Uno de los principales problemas que conlleva la responsabilidad de los patronos es determinar si esta tiene carácter indemnizatoria o resarcitoria.

Si le atribuimos el carácter indemnizatorio, se impondrá el régimen de responsabilidad a los declarados culpables del concurso por el déficit patrimonial originado, entendido este como la diferencia entre el importe adeudado y el satisfecho en el concurso. Es una responsabilidad por las deudas sociales, no por el daño causado a la fundación o a sus acreedores. Es un sistema muy similar al previsto en la Ley de Sociedades de Capital y se fundamenta en la infracción por los patronos del deber de diligencia en la administración de la fundación.

Frente a esta posición, otro sector de la doctrina entiende que la responsabilidad de los patronos o liquidadores de hecho o de derecho requería un daño y un nexo causal entre ese daño y la actuación de los patronos (teoría resarcitoria). El daño lo constituirá el importe de los créditos no satisfechos y la compensación de ese daño provocado por la actuación de los patronos el objeto de la condena. Pero se debe concretar la relación de causalidad entre el daño y la actuación de los patronos.

Frente a estas dos posiciones perfectamente defendibles, el Tribunal Supremo, en dos sentencias del año 2011, se decantó por el régimen de responsabilidad por daños, es decir, exigiendo el daño, la relación de causalidad y una conducta que hubiera generado o agravado la insolvencia.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad viene a aclararse con la reforma del art. 172.bis de la Ley Concursal introducida por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, al decir que «la cobertura total o parcial del déficit» lo será «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia». Con esta reforma ya no existirá duda de que la responsabilidad vendrá determinada por la incidencia que la conducta tuvo sobre la generación o la agravación de la insolvencia. La reforma explicita lo que estaba implícito en el antiguo art. 172 de la Ley Concursal y aclara como debe interpretarse el régimen de responsabilidad por déficit patrimonial.

De esta conclusión cabe extraer dos consecuencias lógicas:

a) Que no cabe condenar a los patronos o liquidadores, de derecho o de hecho, y apoderados generales a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta no se ha contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia. En materia de sociedades mercantiles, ahora también podrían ser declarados responsables los socios que se hayan negado a la capitalización de créditos.

b) Que el montante de esa condena estará en función de la incidencia que su conducta haya tenido en la generación o agravación de la insolvencia.

Esta posición confirma la línea jurisprudencial que se introdujo en el año 2011, siendo ilustrativo el voto particular que se incluye en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 772/2014, de 12 de enero que dice:

«(...) A nuestro juicio, esta interpretación queda ratificada con la reforma del art. 172 bis LC, introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo. Con la mención a que la condena «a la cobertura, total o parcial, del déficit» lo será «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia», ya no existe duda de que la reseñada responsabilidad vendrá determinada por la incidencia que la conducta o conductas tuvieron sobre la generación o la agravación de la insolvencia. De tal forma que la reforma viene a explicitar lo que estaba implícito, y por ello a ilustrar cómo debía ser interpretada aquella normativa anterior, y sin que con ello se pretenda una aplicación retroactiva del nuevo precepto»

5.2. ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Hemos visto a lo largo de este trabajo dos situaciones que resultan incompatibles. Por una parte, la posición jurídica de los patronos no es asimilable a la de los administradores de las sociedades mercantiles por el carácter gratuito de su intervención y su menor exigencia. Por otra, los patronos son los verdaderos administradores de la fundación y la Ley de Fundaciones les atribuye la función de cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.

Ante esta dicotomía, es lícito preguntarse si el régimen del 172.bis de la Ley Concursal en materia de responsabilidad de los administradores puede exigirse a los patronos en caso de que la fundación entre en concurso.

Y la respuesta debe ser positiva ya que el único órgano con funciones de administración con el que cuentan las fundaciones es el Patronato y a él debe atribuirse cualquier género de responsabilidad en caso de que la fundación entre en concurso.

Además esta solución se fundamenta en la similitud de funciones entre el Patronato y el Consejo de Administración de las sociedades mercantiles y en la naturaleza orgánica de ambos cargos.

Por último, si la fundación entra en concurso y este es declarado culpable, la responsabilidad deberá recaer en quienes hayan agravado o causado esta situación y solo los patronos pueden ser responsables de dicha situación, motivo por el que habrá que atribuirles el régimen previsto en el art. 172.bis de la Ley Concursal.

5.3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD: ELEMENTOS

La responsabilidad de los patronos está anclada en tres presupuestos: formación o reapertura de la sección de calificación, la existencia de un déficit patrimonial y la atribución de dicho déficit a los patronos.

Para el análisis de estos tres presupuestos vamos a citar a uno de los autores que mejor ha explicado estos factores, MACHADO PLAZAS, J., (*El concurso de acreedores culpable*, 2014, págs. 261 y ss.). Y, siguiendo a dicho autor, hay que recordar que la sección de calificación despliega sus efectos no solo en caso de liquidación de la fundación, sino también cuando se reabre dicha sección como consecuencia de un incumplimiento de un convenio que haya impuesto a los acreedores una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.

Pero debemos tener en cuenta que no solo se puede abrir la calificación en estos casos, sino que también será posible en caso de incumplimiento de cualquier convenio, ya que en ese supuesto no se reabrirá la pieza de calificación, sino que se formará como consecuencia de que se entra en liquidación.

El segundo elemento es la existencia de un déficit patrimonial, es decir, cuando el activo es insuficiente para satisfacer la totalidad de las deudas del concursado, sean estas de la naturaleza que sean: de la masa o en la masa. Lo cual nos lleva a recordar que si el activo superase al pasivo no se abrirá esta pieza, por cuanto no habrá déficit patrimonial.

Y, en fin, el régimen de responsabilidad se aplica no solo a los que hubieran actuado como patronos o liquidadores de hecho o de derecho, sino también a los apoderados generales. Por tanto, otras personas que hubieran podido ser calificadas como cómplices al amparo del art. 172 no serán responsables de la cobertura del déficit, ya que a ellas solo se les puede imponer la posible indemnización de los daños y perjuicios, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedor concursal y la condena a devolver cualesquiera bienes o derechos que hubieran obtenido del patrimonio del deudor.

Para la cobertura del déficit, el juez del concurso deberá decidir si la actuación de los patronos declarados culpables justifica que cubran íntegramente el déficit o tan solo una parte. Y para dicho juicio deberá analizar la conducta de las personas afectadas y determinar si estas han agravado o generado la situación de insolvencia de la fundación, teniendo en cuenta que, en caso de reapertura de la calificación, para el enjuiciamiento de esta conducta deberá valorarse tanto hechos probados en la sentencia de calificación como los determinantes de la reapertura.

Y si hubiera varios patronos afectados por la sección de calificación, la sentencia deberá individualizar para cada uno de ellos el importe a satisfacer en función de su participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso como culpable.

Pero no olvidemos que no hay a priori un régimen de responsabilidad solidaria en sede de concurso entre los patronos ni la atribución de respon-

sabilidad tendrá este carácter, sin perjuicio de que el Juez lo pueda imponer. Parece que este carácter (la solidaridad) no resulta compatible con la diferente valoración de la actuación de los patronos y la necesaria identificación de su grado de responsabilidad, aunque la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, ha introducido, junto con el régimen de responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de administración, la necesidad de modular la responsabilidad de cada uno de los administradores teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

Si la sentencia individualiza el régimen de responsabilidad no parece tener mucho sentido que, tomando como base un pretendido régimen de responsabilidad solidaria que la ley no prevé, se desvirtúe la decisión judicial de individualización del importe a pagar.

5.4. LA CULPA DE LOS PATRONOS

Uno de los elementos que determina la responsabilidad de los patronos es que su actuación haya contribuido a la declaración de culpabilidad del concurso de la fundación.

Ahora bien, no basta que el concurso sea declarado culpable en los términos previstos en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y que por parte del Juez se determine la condición de patrono de la Fundación, para que de forma automática se les impute a los patronos la responsabilidad del art. 172.bis de la Ley Concursal.

Hace falta algo más para que se les pueda imputar el régimen de responsabilidad, ya que el art. 172.bis establece que el juez «podrá» condenar a los patronos, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales que hubieran sido declarados personas afectadas a la cobertura total o parcial del déficit «en la medida» que con su conducta hayan determinado la generación o agravación de la situación de insolvencia.

Es decir, que no es suficiente la declaración de culpabilidad del concurso y la determinación de la condición de patrono. Es preciso que los patronos hayan agravado con su conducta la situación de insolvencia.

Hace falta pues un juicio subjetivo en cuya virtud se individualice en cada patrono su régimen de culpabilidad, ya que esa individualización es lo que va a servir para determinar la cantidad que deberá satisfacer cada patrono responsable.

El juez del concurso deberá pues valorar la conducta de cada patrono y determinar en qué medida dicha conducta ha influido en la generación o

agravación de la situación de insolvencia. Y este ejercicio será individual y es lo que determinará el monto de la responsabilidad patrimonial.

5.5. FACULTAD DISCRECIONAL O REGLADA DEL JUEZ

Uno de los temas polémicos en relación con el artículo que comentamos es en qué medida el juez del concurso al analizar el régimen de responsabilidad de los patronos tiene facultades discrecionales para imponer la cobertura del déficit patrimonial.

Para parte de la doctrina, el juez en caso de concurso culpable deberá condenar a los patronos que con su conducta hayan generado o agravado la situación de insolvencia. No existe discrecionalidad en la actuación judicial, que sin embargo si tiene la facultad de determinar quién merece la calificación de persona afectada y de fijar la cuantía de su responsabilidad patrimonial.

Frente a esta postura, otros autores consideran que la actuación del juez no viene predeterminada por el art. 172.bis de la Ley Concursal y que su ámbito de discrecionalidad es absoluto. Puede tanto condenar a los patronos o liquidadores de hecho o de derecho, o no hacerlo. Nada le obliga a responsabilizar a estos del déficit patrimonial.

La verdad es que, siendo ambas posturas defendibles, parece que la segunda es la que mejor encaja con la letra de Ley Concursal y en el espíritu de dicha norma.

Como se ha adelantado, la naturaleza de la responsabilidad es resarcitoria, es decir, solo hay responsabilidad si se ha producido un daño, este ha sido debido a la conducta de los patronos y hay una relación de causalidad entre la actuación de los patronos y el daño. Sobre la base de esta concepción resulta difícil admitir que declarada la culpabilidad del concurso, el juez deba obligar a los patronos a cubrir el déficit patrimonial. En muchos casos faltará la relación de causalidad a pesar de la existencia de déficit patrimonial, por lo que difícilmente el juez esté obligado a condenar a los patronos.

Pero además de este argumento fundamentado en la verdadera naturaleza de la institución, hay otro todavía más claro. El propio art. 172.bis dice que el «juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores (...) a la cobertura total o parcial del déficit (...)», con lo que la interpretación gramatical no deja lugar a dudas: el juez goza de facultades discrecionales para condenar o no, pero no está obligado a hacerlo a pesar de que el concurso sea declarado culpable.

En resumen, el juez del concurso es libre para determinar la responsabilidad por el déficit patrimonial y esa discrecionalidad le faculta igualmente en caso de la existencia de varios patronos para individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos.

5.6. LOS RESPONSABLES. PATRONOS Y LIQUIDADORES, DE HECHO O DE DERECHO, Y APODERADOS GENERALES

La Ley Concursal incluye entre los responsables del déficit patrimonial no sólo a los patronos y liquidadores, de hecho o de derecho, sino también a los apoderados generales.

El primer problema que se plantea es el determinar la figura del patrono de hecho, ya que la Ley Concursal no aclara si parte de un concepto amplio en el que lo relevante es determinar quién ejerce la gestión del Patronato o si por el contrario el criterio es el de si concurre una mínima investidura formal, aunque ésta resultase irregular o incluso nula (concepto restringido).

Creo que ante esta dicotomía hay que decantarse por una concepción amplia, en la que debe primar la función de dirección o de gestión del Patronato frente al formalismo del nombramiento, porque lo que trata de contemplar en su definición la Ley Concursal es a aquella persona que genera o agrava la situación de insolvencia. Resultaría absurdo que quien dirige la fundación pueda quedar fuera del círculo de las personas responsables por el solo hecho de que no tuviera la correspondiente investidura formal que supone el nombramiento, aunque al final éste fuera nulo o irregular.

La polémica sobre la figura del patrono de hecho ha quedado aclarada por la Ley de Sociedades de Capital, cuyo art. 236 establece que tendrá la condición de administrador de hecho «*la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*».

Con esta concepción se refuerza la posición que se mantiene en este artículo respecto del patrono de hecho, en el sentido de incorporar una concepción amplia que incluye incluso el supuesto de ser el responsable de las instrucciones seguidas por los patronos de derecho.

Igualmente quedan incluidos en el precepto que analizamos los apoderados generales, lo que reafirma la concepción amplia del patrono de hecho, ya que en muchos casos éstos (los apoderados generales) quedan subsumidos en la categoría que analizamos (patrono de hecho). Pero la realidad es

que lo que caracteriza al apoderado general es la subordinación respecto al Patronato y lo restringido de sus funciones. En aquellos casos en los que no se den las características señaladas (subordinación y funciones restringidas) nos encontraremos no ante un apoderado general sino ante un patrono de hecho.

Pero la realidad es que la Ley Concursal una vez más adopta un criterio pragmático ante el fenómeno de la administración de la fundación insolvente y amplía la categoría no sólo a los que lo sean de hecho sino incluso a los apoderados generales, por entender que en muchos casos es en éstos en quienes reside la facultad de gestionar fundaciones y quienes la han llevado a la insolvencia.

Dentro del concepto de apoderado general deben quedar incluidos, de conformidad con el art. 282 y 283 del Código de Comercio, los factores que tuvieran o no sus poderes inscritos (factor notorio), ya que el ámbito de sus funciones los hacen equiparables a los apoderados generales. Por el contrario los dependientes y los mancebos no deberán tener esta condición, ya que las facultades concedidas son limitadas y no parece que tengan la representación general del Patronato.

6 CONCLUSIONES

1. El marco de actuación del ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los patronos está determinado por el carácter gratuito de su función como señala el art. 14.4 de la Ley de Fundaciones y esa gratuidad debe condicionar la responsabilidad en el sentido de atenuar su rigor.

2. Para el análisis de la responsabilidad de los patronos por deudas de las fundaciones hay que recordar que las fundaciones han pasado de tener una función asistencial y benéfica a una amplia participación en el mundo empresarial, acercándose su actividad y funcionamiento cada vez más a las sociedades de capital.

3. No resulta posible presumir la aplicación de la Ley de Sociedades de Capital y otorgarle a los terceros (frente a los patronos) la misma acción individual que allí se regula, ya que no concurren los supuestos para una aplicación analógica. Además no es necesario dicha aplicación por tener en el art. 1902 del Código Civil la vía adecuada para la subsanación del daño causado.

4. Los patronos responden frente a los terceros por el perjuicio causado a su patrimonio y se responde del daño causado por los actos propios y los de aquellas personas bajo la dependencia del patrono: es decir, los empleados de la fundación que hubieran producido un daño con su actuación.

5. Los patronos son responsables en caso de que el Protectorado les hubiese requerido para restablecer la situación patrimonial y estos no hubieran actuado. Y si recibido el requerimiento, los patronos no actúan se puede instar una acción de responsabilidad frente a ellos de forma similar a la prevista en la Ley de Sociedades de Capital, tomando como base la acción contemplada en el art. 17.2 de la Ley de Fundaciones. Incluso se podría solicitar al Protectorado el cese de los patronos por el incumplimiento del deber de diligencia.

6. La Ley Concursal es plenamente aplicable a las fundaciones, a pesar de no contenerse en ella ninguna especialidad respecto a su concurso.

7. El Patronato estará obligado a presentar el concurso en los dos meses siguientes a aquel en que hubiese debido conocer el estado de insolvencia de la fundación, entendiéndose que se ha conocido esta situación si se ha producido alguno de los hechos previstos en la Ley Concursal.

8. Deberá ser la administración concursal la que declarado el concurso podrá, con carácter exclusivo, iniciar la acción fundacional contra los patronos cuando concurren los supuestos de hecho previstos en el art. 17 de la Ley de Fundaciones.

En relación con la responsabilidad por deudas de la fundación, la administración concursal es igualmente la que debe entenderse legitimada con carácter exclusivo para su exigencia, ya que es una acción en beneficio de la fundación y que tiene un contenido similar a la prevista en el art. 17 de la Ley de Fundaciones.

9. Los patronos o liquidadores, de hecho o de derecho, y apoderados generales son responsables del déficit patrimonial de la fundación en los términos previstos en el art. 172.bis de la Ley Concursal, en la medida en que así lo declare el juez del concurso.

10. La naturaleza jurídica de la responsabilidad prevista en el art. 172.bis de la Ley Concursal se ha aclarado con la reforma de este artículo introducida por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. La responsabilidad vendrá determinada por la incidencia que la conducta de los patronos tuvieron sobre la generación o la agravación de la insolvencia. La reforma explícita lo que estaba implícito en el antiguo art. 172 de la Ley Concursal y aclara cómo debe interpretarse el régimen de responsabilidad por déficit patrimonial. La naturaleza de la responsabilidad es resarcitoria, es decir, solo hay responsabilidad si se ha producido un daño, este ha sido debido a la conducta de los patronos y hay una relación de causalidad entre la actuación de los patronos y el daño.

11. La responsabilidad de los patronos está anclada en tres presupuestos: formación o reapertura del régimen de calificación, la existencia de un déficit patrimonial y la atribución de dicho déficit a los patronos. Y la sección de calificación despliega sus efectos no solo en caso de liquidación de la fundación, sino también cuando se reabre dicha calificación como consecuencia de un incumplimiento de un convenio que haya impuesto a los acreedores una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.

12. Para la cobertura del déficit, el juez del concurso decidirá si la actuación de los patronos declarados culpables deberá cubrir íntegramente el mismo o tan solo una parte. Y para dicho juicio deberá analizar la conducta de las personas afectadas y determinar si estas han agravado o generado la situación de insolvencia de la fundación, teniendo en cuenta que, en caso de reapertura de la calificación, para el enjuiciamiento de esta conducta deberá valorarse tanto los hechos probados en la sentencia de calificación como los determinantes de la reapertura.

13. El juez del concurso deberá valorar la conducta de cada patrono y determinar en qué medida dicha conducta ha influido en la generación o agravación de la situación de insolvencia. Y este ejercicio será individual y determinará el monto de la responsabilidad patrimonial.

14. Resulta difícil admitir que declarada la culpabilidad del concurso, el juez venga obligado a exigir a los patronos la cobertura del déficit patrimonial. En muchos casos faltará la relación de causalidad y sin esta no se puede derivar la responsabilidad a los patronos.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES, *Responsabilidad de patronos y directivos de las fundaciones*.
- CABANAS TREJO, R., «A vueltas con la calificación y la responsabilidad concursal», *LA LEY*, n.º 8334, 2014, págs. 1 a 9.
- CUSCO, M., CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva ley de fundaciones*, Madrid, Dijusa, 2003.
- DEL RÍO SOLANO, P., «El juez del concurso ante las acciones de responsabilidad contra los patronos de las fundaciones», *El Derecho*, 1 de febrero de 2014, págs. 1 a 7.

- EMBIÓ IRUJO, J. M., «Gobierno de la Fundación», en *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, MUÑOZ MACHADO, Santiago, CRUZ AMORÓS, Miguel, DE LORENZO GARCÍA, Rafael, (dirs.), Madrid, Fundación ONCE, 2005.
- EMBIÓ IRUJO, J. M., «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *Revista valenciana de economía y hacienda*, n.º 7, 2003, págs. 79 a 100.
- GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal operada por el RD-Ley 4/2014: otra modificación concursal a "golpe" de Decreto-Ley», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 30, 2014, págs. 79 a 127.
- MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpables*, Navarra, Thompson Civitas, 2006.
- MARIMÓN DURÁ, R., OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Responsabilidad de los patronos», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, coord. OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MATO PACÍN, M. N., «Jurisprudencia sobre Fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, n.º 1, 2010, págs. 487 a 506.
- MORAGAS MONTESEERÍN, M. J., «Las fundaciones en el contexto concursal», *El Derecho*, 9.09.2013, págs. 1 a 7.
- PÉREZ ESCOLAR, M., «La responsabilidad de los patronos frente a la fundación», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, Navarra, Civitas, 2008.
- PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo», *LA LEY*, n.º 8271, 2014, págs. 1 a 17.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., «El patronato», en *Tratado de Fundaciones*, BENEYTO PÉREZ, José María, (dir.), Barcelona, Bosch, 2007.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La responsabilidad de los patronos de la fundación frente a terceros», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 664, 2001, págs. 722 a 757.
- 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*, n.º 7640, 2011, págs. 6 a 14.