

APLICACIÓN ANALÓGICA A LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

Palabras clave: fundaciones, responsabilidad de patronos, analogía con sociedades mercantiles, administradores sociales y de hecho.

ENUNCIADO

Una sociedad es propietaria de un local de negocios sito en la ciudad de Reus (Tarragona) que el 16 de diciembre de 1999 arrendó a la fundación «RRR» mediante contrato otorgado al efecto. La fundación en cuestión, fue inscrita con la denominación ya mencionada «RRR» en el correspondiente Registro de Fundaciones de la Administración autonómica catalana, con domicilio en el local arrendado a la actora. La única fuente de ingresos de «RRR» venía constituida por las subvenciones anuales otorgadas por el Departamento de Trabajo como centro docente colaborador en materia de formación ocupacional de trabajadores, tanto en activo como en paro.

Como consecuencia del impago de las rentas correspondientes al arrendamiento mencionado, la propietaria del local interpuso una demanda de desahucio contra la fundación «RRR», que se tramitó por un Juzgado de Primera Instancia de Reus, por el cual finalmente fue dictada Sentencia de fecha 1 de octubre de 2001 que dio lugar a la medida de desalojo solicitada. La defensa letrada de «RRR» en este pleito fue asumida por su presidente.

Resuelto el arrendamiento, la sociedad propietaria del local presentó demanda de juicio ordinario contra «RRR» en reclamación de las rentas vencidas y adeudadas, procedimiento que fue tramitado ante un Juzgado de Primera Instancia de Reus y que terminó con acuerdo transaccional de reconocimiento de deuda, homologado por un Auto de 21 de junio de 2002. La defensa letrada de «RRR» en este pleito fue igualmente asumida por su presidente. En dicho acuerdo «RRR», y en su nombre su apoderado y director financiero, reconocía adeudar a la propietaria una determinada cantidad (90.142,80 €) que se obligó a atender en cinco pagos comprendidos entre la fecha de la transacción y el 31 de marzo de 2003.

En el propio documento del acuerdo, la propietaria declaró conocer que la única fuente de ingresos de «RRR» provenía de las aportaciones que le otorga la Generalidad de Cataluña, por mediación del Departamento de Trabajo, a través de las correspondientes subvenciones como centro docente colaborador en materia de formación ocupacional, así como que, debido a la dependencia económica de la fundación en el cobro de las subvenciones aprobadas y conferidas, documentalmente probadas, su economía se encuentra supeditada exclusivamente al cobro de las cantidades que de forma anual son otorgadas por la Administración catalana y que configuran el presupuesto de la entidad, sin que tenga ninguna otra fuente de ingresos ni financiación externas.

También con ocasión del acuerdo, la propietaria del local se daba por enterada de que le era debido a la fundación «RRR» por el correspondiente organismo público el importe (96.431,12 €) de los cursos impartidos en el año 2000, relacionados en un anexo aparte, que fue considerado por ambas partes como la mejor garantía de pago de la deuda pendiente.

No obstante, la fundación «RRR» dejó de satisfacer la mayor parte de la deuda reconocida (59.782,98 €). No consta cuál fue el importe total percibido por la fundación a cuenta de las subvenciones debidas después de la homologación del acuerdo, ni tampoco que las cantidades realmente percibidas por dicho motivo se hubieran aplicado a finalidad diferente de la pactada con la actora.

A consecuencia del impago de parte de esa deuda, la propietaria presentó el 14 de enero de 2003 una demanda de ejecución del auto de homologación del acuerdo transaccional ante el propio Juzgado de Primera Instancia que lo dictó, sin que en el curso del correspondiente procedimiento pudiera ser localizada «RRR», que había decidido su disolución el 2 de septiembre de 2002 por acuerdo de su patronato y la había comunicado a la Generalidad en diciembre de ese año, ni tampoco se localizo a su presidente.

Consta que «RRR» solicitó a la Administración catalana la designación de un liquidador para la fundación, y se realizó una junta para acordar su disolución, en la que dimitieron todos sus miembros fundacionales, ante la imposibilidad de cumplir los fines fundacionales.

El 5 de marzo de 2003, «RRR» fue requerida en el domicilio del presidente de la fundación ya disuelta por los responsables de la Administración catalana para la subsanación de ciertos defectos observados en el acuerdo de disolución. El requerido contestó oportunamente a dicho requerimiento facilitando la identidad y la localización de un despacho de abogados al que «RRR» había encargado la gestión de su disolución y liquidación, sin que conste que por este bufete se haya realizado gestión alguna con dicha finalidad.

Dada esta situación fáctica, los letrados de la sociedad arrendadora del local, se plantean las opciones jurídicas viables para ejercitar acciones de responsabilidad contra los patronos de la fundación «RRR»; informar sobre la cuestión.

CUESTIONES PLANTEADAS:

- La analogía como instituto aplicable al régimen de responsabilidad societaria.

- La similitud y la identidad de razón.
- Inaplicabilidad del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles a la responsabilidad de los patronos de las fundaciones.

SOLUCIÓN

En principio cabría plantearse el ejercicio acumulado de la acción de responsabilidad individual prevista en el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), en relación con el artículo 133.1 de la LSA, y la acción de responsabilidad por incumplimiento de deberes sociales prevista en el artículo 262.5 de la LSA, ambas contra los patronos y el administrador de hecho de la fundación deudora, pretendiendo la aplicación analógica (art. 4.º 1 del CC) a los mismos del régimen legal previsto al respecto para los administradores de las sociedades anónimas, por entender que su actuación ha sido determinante para que la propietaria del local no haya podido percibir su crédito y puede ser calificada de fraudulenta, dolosa e ilícita.

Examinando el caso cabe anticipar como actuaciones propias de los patronos sustentadoras de esas acciones, las siguientes:

- a) La concertación de un acuerdo transaccional a sabiendas de la imposibilidad de cumplirlo y con el único propósito de dilatar el cobro del crédito por la sociedad dueña del local y de eludir las responsabilidades consiguientes.
- b) La desaparición de hecho de la fundación, que no ha podido ser localizada en el procedimiento de ejecución del referido acuerdo transaccional.
- c) Su insolvencia patrimonial, de forma que no ha podido ser hallado ninguno de los bienes a que se hacía referencia en su contabilidad y libros, sobre los que poder hacer efectivo el crédito pendiente.
- d) La dejación absoluta de sus funciones de dirección y administración diligente del patrimonio de la entidad, habiendo dimitido todos los patronos de forma irresponsable y no ajustada a derecho, abandonando la fundación con incumplimiento de sus deberes esenciales y normativamente exigibles.
- e) El incumplimiento de la obligación formal de acudir al procedimiento de liquidación y disolución legalmente previsto para las entidades de su clase.

En efecto, sería posible considerar que concurren todos los requisitos necesarios para la aplicación por analogía de la regulación prevista en la LSA para la exigencia de responsabilidad civil individual de los administradores de sociedades anónimas (arts. 133, 135 y 262 de la LSA) a los patronos de las fundaciones, por existir una laguna legal al respecto en la normativa propia de las fundaciones, pues no incluye ninguna disposición que prohíba expresamente la exigencia de responsabilidad individual por los daños producidos a terceros y, más en concreto, a los acreedores de la entidad.

En este sentido, se podría afirmar que existe una identidad de razón o similitud jurídica esencial entre las entidades mercantiles y las fundaciones tanto en su funcionamiento como en el cumplimiento de sus fines, que cada día se asemejan más, respondiendo la creación de fundaciones normalmente más a razones de tipo fiscal, enmascarando fines notoriamente particulares bajo la apariencia de un pretendido interés general, en muchas ocasiones inexistente.

Y así, en la misma línea argumental puede considerarse que concurren en el supuesto no regulado los elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado, en concreto:

1. Actos ilícitos consistentes en el incumplimiento de sus obligaciones y en la negligencia en el desempeño del cargo.
2. Actuación en este caso por omisión, en el cargo de patronos y administrador de hecho, de los que derivan acto lesivo consecuencia de la actuación en el ejercicio de funciones de gobierno.
3. Lesión al interés del tercero con perjuicio directo.

La declaración de irresponsabilidad y, por lo tanto, de impunidad de los patronos de la fundación deudora supondría la vulneración del principio general *naeminem non laedere*, puesto que si los demandados hubieran sido administradores de una mercantil, sin duda alguna habrían sido condenados, por cuanto su actuar no puede ser más manifiesta y reconocidamente irresponsable, negligente e incluso doloso, sin que pueda argumentarse en contrario la teórica gratuidad de su cargo o el teórico servicio a los intereses generales, pues, con más razón todavía les es exigible un mayor celo, máxime cuando se financian con fondos públicos, como se desprende del artículo 15 de la Ley de Fundaciones, por ninguna de las cuales se declara la irresponsabilidad de los patronos por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus cargos y su exclusión de las normas imperativas reguladoras de la responsabilidad civil. Estas son las tesis que en principio deberían servirnos para poder exigir responsabilidades a los patronos de la que fue la arrendataria.

Ahora bien, y para poder abordar el tema jurídicamente y con carácter general, debemos partir de las que son las dos notas diferenciadoras entre las fundaciones frente a las sociedades anónimas: la persecución de fines de interés general (entre los cuales se suelen identificar los educativos y culturales) y la ausencia de fin de lucro. Precisamente, es la exigencia constitucional (art. 34 de la CE) del fin de interés general, que sirva para beneficiar a un colectivo genérico de personas, la que justifica la especial consideración (jurídica, fiscal, social, etc.) de las fundaciones frente a otras personas jurídicas, en la medida en que, dentro de su ámbito limitado, cooperan por ello con los poderes públicos en la satisfacción de determinados fines sociales que éstos están llamados a atender en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 103.1 de la CE). Por otra parte, el hecho de que las fundaciones no sean legalmente entidades lucrativas no se ve enturbiado en absoluto por la circunstancia de que puedan obtener ingresos económicos por sus actividades fundacionales y que éstas puedan, por ello, ser consideradas empresariales o mercantiles a efectos fiscales o a cualesquiera otros, en la medida en que necesariamente dichos ingresos están destinados a engrosar su patrimonio y no a repartirse entre socios.

Consecuentemente, su destino no puede ser otro que el cumplimiento del fin estatutario de interés general para el que hubiese sido creada la fundación, como garantía de su supervivencia y continuidad. La circunstancia añadida de que el cargo de patrono no sea retribuido, sin perjuicio de su derecho a la indemnidad, justifica que, como corolario del principio *cuis comoda eius incomoda*, no se articule otra responsabilidad frente a terceros que la de la propia fundación, al ser ésta la única destinataria de todos los beneficios de la actividad desplegada por su cuenta y en su nombre por los patronos.

Ello no quiere decir, ni mucho menos, que los patronos sean absolutamente irresponsables frente a terceros, puesto que aparte de su responsabilidad frente a la fundación, derivada de la obligación de diligencia que se le impone en el cumplimiento de su obligación de velar por que se cumplan los fines fundacionales, que también les puede ser exigida por los terceros legitimados no pueden desecharse otros supuestos de responsabilidad individual de los patronos, si bien en ningún caso por analogía con lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas en los artículos 133, 135 y 262.5 de la LSA, al no concurrir el requisito de la identidad esencial exigido para ésta.

En efecto, como es sabido, además de la existencia de una laguna legal respecto del caso contemplado, la analogía exige una igualdad o similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado en la norma postulada, semejanza que existe sólo cuando en el concreto supuesto de hecho no regulado es posible apreciar «los elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado». Como se ha encargado de precisar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la acción individual de responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas prevista en el artículo 135 de la LSA en relación con el artículo 133.1 de la LSA y la acción del ex artículo 262.5 de la LSA son acciones distintas «en sus presupuestos, y en su regulación legal».

La primera de ellas tiene una evidente naturaleza extracontractual especialmente por lo que se refiere a la responsabilidad frente a los terceros y, en consecuencia, requiere que concurren los requisitos propios de ella, a saber:

- a) Una acción u omisión culposa.
- b) Un resultado dañoso en forma de lesión directa del interés del acreedor reclamante, que no puede venir determinada simplemente por la insolvencia de la sociedad, ya que los artículos 133 y 135 de la LSA no convierten a los administradores en garantes de la sociedad.
- c) La prueba de la relación de causalidad entre ambos. Por ello, en la práctica y al margen de la especificidad de la acción prevista en el artículo 135 de la LSA, que justifica el carácter solidario de la responsabilidad y la presunción *iuris tantum* de culpa (art. 133.3 de la LSA), la única diferencia remarcable con la acción prevista en el artículo 1.902 del Código Civil, es que, en lugar de someterse al plazo de prescripción del artículo 1.968 del Código Civil, se rige cuando se trata de sociedades mercantiles por lo dispuesto en el artículo 949 del Código de Comercio. Consecuentemente, cuando no se trata de sociedades mercantiles (caso de las fundaciones), habrá que atender al plazo previsto en el Código Civil.

Así las cosas, el hecho de que el régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones no sea el mismo que el de los gestores de las sociedades de capital, no significa que la de aquéllos se

encuentre limitada a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieran podido irrogar para la fundación como consecuencia de su actuación negligente, responsabilidad esta cuya exigencia puede ser demandada por los acreedores como terceros legitimados que son (art. 1.111 del CC) puesto que también les es eventualmente exigible la responsabilidad individual en el orden penal (el art. 297 del CP se refiere a las fundaciones como una de las formas societarias merecedora de la protección dispensada por los artículos precedentes relativos a los delitos societarios) o en el concursal (arts. 164 y 165 de la Ley 22/2003 de 9 de julio), o, en última instancia, conforme a las normas del Código Civil (art. 1.902).

Por lo que se refiere a la responsabilidad prevista en el artículo 262.5 de la LSA y la acción consecuente para exigirla (que, por su propia naturaleza, sólo puede dirigirse contra los administradores de derecho, no contra los administradores de hecho ni contra los dimisionarios) lo cierto es que tiene, en principio, una naturaleza «objetiva o cuasi objetiva», de manera que su declaración no exige, en términos generales, la concurrencia de «un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de la junta o solicitud judicial, en su caso (y ahora también la solicitud de la declaración de concurso, cuando concurra su presupuesto objetivo), esto es, una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto; del mismo modo que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, o, en otros términos, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma».

Por lo tanto, la responsabilidad prevista en el artículo 262.5 de la LSA, en realidad, constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual que requiere la existencia de un daño, por lo general, el impago del crédito que se reclama, el cual se presenta como indirecto desde la perspectiva del artículo 135 de la LSA y enlazado causalmente de forma muy laxa con el comportamiento omisivo de los administradores como son la carencia de convocatoria en plazo, o la omisión del deber de solicitar la disolución judicial o el concurso. A partir de esos datos, para valorar el daño y relación de causalidad preestablecida, se aplicarían las reglas y la técnica de la responsabilidad civil evaluando los problemas de imputación objetiva (conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de la generación del crédito, solvencia de la sociedad, existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman) y de imputación subjetiva, esto es, la posibilidad de exoneración de los administradores que, aun cuando hayan de pechar con la carga de la prueba (art. 133.3 de la LSA), demuestren una acción significativa para evitar el daño o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo. Corolario de dicho criterio es que no puede exigirse dicha responsabilidad a aquellos «administradores» que, no obstante haber incumplido las obligaciones impuestas por el artículo 262.2 y 4 de la LSA, acreditan «un esfuerzo significativo» a la hora de evitar el daño que para el acreedor demandante pueda suponer la insatisfacción del crédito que ostenta contra la entidad administrada.

De la misma manera, la aplicación de la regla del artículo 262.5 de la LSA, debidamente ponderada con el principio de la buena fe (art. 7.º 1 del CC), exige que el acreedor reclamante no hubiera sido consciente en el momento de contratar con la entidad de su situación o de sus dificultades financieras, porque en caso contrario habría sido plenamente consciente del riesgo asumido y, en tales condiciones, no sería posible declarar la responsabilidad de los «administradores» ex artículo 262.5 de la LSA sin afectar al principio de buena fe, presupuesto de la tutela del derecho

que se ejercita, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7.º 1 y 1.258 del Código Civil y exigido también específicamente en la ejecución y cumplimiento de los contratos de comercio por el artículo 57 del Código de Comercio.

En nuestro caso, lo cierto es que la acreedora recurrente era plenamente consciente de las dificultades económicas padecidas por la fundación deudora en el momento en que otorgó el contrato transaccional de reconocimiento de deuda relacionadas con el retraso en el pago de las subvenciones por la Administración autonómica, en la que también se pone de relieve el significativo esfuerzo realizado por los gestores de la fundación para atender a la satisfacción del crédito pendiente, que llegaron a afrontar en una parte, y para proceder a la disolución de la entidad cuando no pudieron atenderse los plazos pendientes y se hizo manifiesta la imposibilidad de cumplir los fines fundacionales, convocando la junta al efecto para el 2 de septiembre de 2002. En consecuencia, en el supuesto del presente recurso, no hubiera sido posible realizar a los patronos demandados el imprescindible «reproche culpabilístico» para sustentar la acción ejercitada con base en el artículo 262.5 de la LSA.

En estas condiciones, tampoco hubiera sido posible la aplicación por analogía a los patronos demandados de la responsabilidad prevista en el artículo 262.5 de la LSA para los administradores de las sociedades anónimas, por no concurrir en el supuesto planteado las circunstancias exigidas en el precepto invocado, según la interpretación que del mismo se viene realizando por la jurisprudencia más autorizada.

Ya hemos dicho que la jurisprudencia exige una «igualdad o similitud jurídica esencial» entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado en la norma postulada, y que esta semejanza esencial sólo existe cuando en el concreto supuesto de hecho no regulado es posible apreciar «los elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado». En efecto, aunque deba acudir para establecerla al «fundamento de la norma», ello no autoriza a prescindir en el supuesto no regulado de los elementos que la norma considera imprescindibles en el supuesto sí regulado.

Por lo tanto, a la vista de la doctrina expresada y atendidos los hechos antes expuestos, se advierte que tampoco habrían concurrido en el supuesto fáctico del presente recurso los requisitos exigidos para el ejercicio de las acciones fundadas en los artículos 133, 135 y 262 de la LSA, lo que, a mayor abundamiento, justifica la conclusión de que las normas sobre responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima no son aplicables por analogía a las responsabilidades exigibles a los patronos de una fundación.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 4.º 1, 7.º 1, 1.111 y 1.902.
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 133, 135 y 265.
- SSTS de 21 de noviembre de 2003, 28 de abril y 18 de mayo de 2006, 8 de marzo y 30 de mayo de 2007 y 20 de noviembre de 2008.