
ESTUDIOS

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES

THE LIABILITY REGIME OF THE TRUSTEES OF FOUNDATIONS

CARLOS ALONSO NAYA

Jurista. Colegiado en el Real e Ilustre Colegio de Abogados
de Zaragoza

Sumario: *I. Introducción. II. El patronato. II.A. Consideraciones generales. II.B. Actuación y funcionamiento del Patronato. II.C. Requisitos para ser patrono. II.D. Sustitución, cese y suspensión de los patronos. II.E. La gratuidad del cargo de patrono. II.E.1. Derecho al reembolso de gastos debidamente justificados. II.E.2. Retribución a los patronos por la prestación de servicios. La autocontratación. III. La responsabilidad de los patronos. III.A. Los deberes de diligencia y lealtad. III.A.1. El deber de diligencia. III.A.2. El deber de lealtad. III.B. Naturaleza y ámbito de la responsabilidad. IV. Supuestos de responsabilidad. IV.A. La responsabilidad de los patronos frente a la fundación. IV.A.1. Presupuestos de responsabilidad. IV.A.2. Legitimación activa. IV.A.3. Efectos de la responsabilidad. IV.B. Casos de responsabilidad de los patronos frente al Protectorado. IV.B.1. Actos realizados sin autorización previa o comunicación posterior. IV.B.2. Incumplimiento del deber de inscripción. IV.C. La eventual responsabilidad de los patronos frente a terceros. V. Conclusiones. Anexo. Bibliografía*

Resumen: Este trabajo indaga sobre la responsabilidad de los patronos de las fundaciones en el ejercicio de su cargo, es decir, la que pudiera dimanar por las decisiones y acuerdos que adoptan dentro del órgano de gestión y representación de las fundaciones, el Patronato. Describe, en primer lugar, las características del órgano, los deberes de diligencia y lealtad que los patronos deben cumplir y la

naturaleza jurídica y el ámbito de una eventual responsabilidad. Por último, analiza los supuestos de responsabilidad bajo el criterio de frente a quién puede producirse: la propia fundación, el Protectorado de Fundaciones o terceros afectados por sus decisiones.

Palabras clave: fundaciones, patronato, Protectorado de Fundaciones, patronos, responsabilidad civil.

Abstract: This paper investigates the liability of the trustees of foundations in the exercise of their office, i.e., that which may arise from the decisions and agreements they adopt within the management and representation of the foundations, the board of trustees. It describes, firstly, the characteristics of the board, the duties of diligence and loyalty that the trustees must fulfill and the legal nature and scope of a possible liability. Finally, it analyzes the assumptions of liability under the criterion of against whom it may occur: the foundation itself, the Protectorado de Fundaciones or third parties affected by its decisions.

Key words: foundations, board of trustees, Protectorado de Fundaciones, trustees, civil liability.

I. INTRODUCCIÓN

En su definición tradicional, una Fundación es un patrimonio con personalidad jurídica destinado a un fin de interés general. Así, dispone de 3 elementos: patrimonio (suficiente y adecuado), personalidad jurídica (organización) y destino (interés general).

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF) da más peso al elemento organizacional que al patrimonial: son Fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Ya no se trata únicamente de un patrimonio destinado a una finalidad, sino una organización con el potencial de obtener los medios económicos para el cumplimiento de un fin. Como dice Serrano¹, «las fundaciones son un exponente de la madurez de un país pues el sector privado asume responsabilidades sociales en beneficio del común».

Con la Constitución Española se superó la exigencia de la legislación anterior de que el fin fundacional fuese estrictamente benéfico,

¹ Visto en OREJAS CASAS, J. A. (2019). Buen gobierno y responsabilidad de los patronos en las Fundaciones. Actualidad Civil, nº 1.

su artículo 34 «reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley». Desde ese momento, las Fundaciones pudieron dejar atrás el ser un patrimonio estático gestionado para realizar actividades de corte benéfico, para convertirse auténticos actores económicos y sociales, organizaciones que operan en el tráfico jurídico para alcanzar, eso sí, una finalidad de interés general, pero que no tiene por qué ser estrictamente benéfica.

Las Fundaciones no podrán tener ánimo de lucro, es decir, el fundador o los patronos no pueden obtener beneficios por el hecho de serlo. Ahora bien, que no tengan ánimo de lucro no quiere decir que no puedan tener actividad económica, de hecho, existe un gran número fundaciones cuya finalidad de interés general se ejerce a través de actividad empresarial, en lo que se conoce como Fundaciones-empresa. Que una entidad no tenga ánimo de lucro no significa que no puedan obtener rentas o ganancias (lucro objetivo), sino que no se pueden repartir entre sus socios (lucro subjetivo).

La jurisprudencia sobre responsabilidad de los patronos es muy escasa. Esta baja conflictividad podría deberse (es bien posible que no sea la única razón, pero sin duda es una de las causas) a que hasta hace bien poco muchos de los casos que pudieran ser dañosos para la entidad no llegaron finalmente a tribunales por la consideración que el ejercicio gratuito del cargo de patrono en las fundaciones benéficas se compensaba con cierta laxitud en la exigencia de responsabilidad. Prueba de ello es que en la antigua legislación la conducta responsable tenía que ser negligente, en cambio en la actual se prescribe que son objeto de responsabilidad las acciones que no se hayan desplegado con la diligencia propia de un representante leal, aproximándose así a las sociedades de capital, lo que constituye, en mi opinión, un acierto.

II. EL PATRONATO

II.A. Consideraciones generales

El Patronato es el órgano de administración y gestión de la fundación, al que compete su gobierno y representación. Según el artículo 14.2: «Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos». Tomado de la doctrina mercantilista, la diligencia requerida a los patronos puede conceptuarse como la conducta socialmente

esperable en el tráfico, integrando, tanto los usos del comercio, como las buenas prácticas de la gestión empresarial².

Al Patronato le corresponde cumplir los fines fundacionales con autonomía en su actuación. Esto significa que los patronos no están obligados a seguir las instrucciones de gestión del fundador, sino que deben cumplir con su encomienda con independencia.

Por otra parte, el Patronato gestiona un patrimonio ajeno destinado al interés general y con escasos contrapesos internos, razón por la cual está sometido a fuertes medidas de control externas ejercidas por el Protectorado de Fundaciones.

El número mínimo de componentes para la válida constitución de un Patronato es de 3 aunque, lógicamente, es recomendable que haya más para minimizar las posibilidades de colapso de la fundación. Y es que el Patronato es un órgano de existencia obligatoria en una fundación, puede haber otros en los Estatutos, pero este es legalmente imprescindible. Cuando se trata de fundaciones con patrimonio elevado y mucha actividad, el modelo de Patronato como órgano único de la fundación debe compartir funciones con otras figuras orgánicas (artículo 16.2 LF), con la idea de especializar tareas de gobierno y gestión³.

El Patronato ha de tener un presidente y un secretario. Así como el presidente ha de ser obligatoriamente patrono, el secretario no tiene por qué serlo, si no lo fuere, tendrá voz, pero no voto.

Los patronos deben aceptar sus cargos de forma expresa, que se inscribirán en el Registro de Fundaciones tras el traslado de copia simple del notario, según los artículos 7.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (RF)⁴ y el 24 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal (RRF), en el que se regulan los actos sujetos a inscripción. En la primera inscripción de la Fundación han de indicarse e identificarse las personas que forman el Patronato y los cargos de presidente y secretario. Si los patronos aceptan el

² CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

³ OREJAS CASAS, J. A. (2018). La organización y dirección de las Fundaciones. *CIRIEC-España Revista Jurídica*, nº 32.

⁴ «El protectorado, al recibir la copia simple de la escritura de constitución enviada por el notario autorizante, podrá requerir a los patronos designados en ella para que acepten el cargo, si todavía no lo hubieran hecho, e insten la inscripción de la fundación».

cargo en un momento posterior a la constitución de la fundación, entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo de alguna de las siguientes formas: en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones (artículo 15.3 LF).

Existe una situación especial, el de las Fundaciones en proceso de formación: aquellas ya constituidas por medio de escritura pública que todavía no han sido inscritas y existe la inequívoca voluntad de hacerlo. En estos casos, entre el momento en el que se otorga la escritura pública y el de inscripción en el Registro, el Patronato solo podrá realizar los actos indispensables para la conservación de su patrimonio y que no admitan demora; estos actos serán asumidos por la Fundación cuando obtenga personalidad jurídica. ¿Cuáles son los actos indispensables para la conservación del patrimonio de la Fundación que no admitan demora? Aún con cierto gradiente de incertidumbre, se entiende que son aquellos encaminados a la preservación y el cuidado de los bienes, de forma que mantengan su productividad o un rendimiento constante. Aquellos que no admitan demora son aquellos que razonablemente han de ser realizados, porque el transcurso del tiempo sin acción puede causar un perjuicio al patrimonio de la fundación (por ejemplo, el pago de recibos de gasto corriente como son electricidad, agua, etc.).

Aquí aparece la primera situación de responsabilidad de los patronos: si transcurren más 6 meses desde que la escritura pública fuese otorgada hasta la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado cesará a los patronos, y responderán objetiva y solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción. La responsabilidad no está supeditada a la existencia de culpa o negligencia, sino que para que se produzca basta con el transcurso de los 6 meses sin inscripción. El cese no es facultativo del Protectorado, sino una consecuencia que deberá aplicar tras el transcurso del plazo sin haberse producido la inscripción. El plazo empieza a computar desde que el Patronato se constituye válidamente, con la aceptación de un mínimo de 3 miembros, porque hasta entonces no es posible su inscripción.

II.B. Actuación y funcionamiento del Patronato

Toda la actividad del Patronato está destinada al cumplimiento del fin fundacional y a la administración diligente de los bienes y servicios que componen el patrimonio de la fundación. Para ello, los estatutos

pueden prever la existencia más órganos además del Patronato, como pueden ser comisiones delegadas o comisiones ejecutivas, usuales en fundaciones con un gran volumen de actividad. Asimismo, es común que parte de las tareas pueden ser ejercidas por personal profesional de gerencia o dirección, que con relativa frecuencia se ocupan del secretariado⁵. El Patronato mantiene un funcionamiento colegiado: expresa la voluntad mayoritaria y consensuada de los patronos y sus decisiones vinculan a la fundación.

El Patronato quedará válidamente constituido y podrá adoptar acuerdos cuando esté presente o representada la mayoría absoluta de los patronos. Los acuerdos serán adoptados por la mayoría de los patronos presentes o representados en la reunión; el presidente tendrá voto de calidad en caso de empate (artículo 11.1 RF). Este juego de mayorías puede ser modificado en los estatutos (artículo 14 LF), en particular, aunque la normativa no prevé ningún caso en el que se exija mayoría cualificada para la toma de decisiones, puede establecerse en los estatutos.

El gobierno de una fundación implica dos aspectos⁶:

Primero, organizar la entidad en aplicación de las normas legales o estatutarias y, una vez organizada y dotada de organigrama, impulsar las actividades necesarias para que funcione. La actividad del Patronato, en sentido dinámico, significa la administración de los bienes y derechos de la fundación, lo cual no es sólo gestionar, sino sacarles todo el rendimiento y utilidad posibles para alcanzar los fines fundacionales destinados a la mayor cantidad de beneficiarios genéricos.

Segundo, actuar como representante leal de la Fundación. En este sentido, el Patronato tiene la facultad de representar a la fundación en su relación con terceros o ante los tribunales, para lo cual deberán designar a uno o varios patronos. En defecto de nombramiento expreso, le corresponderá al presidente.

II.C. Requisitos para ser patrono

Los patronos pueden ser personas físicas o jurídicas; si fuesen personas jurídicas, cumplirán sus responsabilidades a través de representantes.

⁵ SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters. Pág. 80.

⁶ SERRANO GARCÍA, I. (2007). El patronato. En J. M. BENEYTO PÉREZ, *Tratado de Fundaciones*, vol. I. Bosch. Pág. 531.

Los patronos deben aceptar el cargo expresamente, bien en el momento en el que se otorga la escritura de constitución, bien posteriormente. En la aceptación ha de constar el cargo que ostentan en el Patronato, la fecha de la aceptación formal del cargo y la duración del mandato. Esto es en el caso en que sea por tiempo determinado, pero también puede ocurrir que el nombramiento sea por tiempo indeterminado o vitalicio (cuestión bastante usual cuando el fundador nombra a personas de su confianza).

Para ser patrono, las personas físicas han de tener plena capacidad de obrar y no estar inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos (artículo 15.2 LF). Los menores emancipados no pueden ejercer el cargo de patrono, por la razón de que la LF exige plena capacidad de obrar, y éstos no la tienen (hay determinados actos de enajenación patrimonial para los que necesitan autorización de sus padres o su curador, como dispone artículo 247 CC). La pérdida de capacidad natural por edad avanzada también puede ser causa de que no sea posible el ejercicio del cargo de patrono, aunque la persona no haya sido incapacitada; así se pronuncia la SAP Asturias 114/2004, de 23 de febrero⁷, en el que declara que una persona no puede ejercer su cargo «consecuencia natural y lógica de su muy avanzada edad y el consecuente deterioro tanto físico como intelectual (...). A través de su interrogatorio se ha podido constatar el peso de los años afectando tanto a sus capacidades físicas y sensoriales no pudiendo desempeñar el cargo de patrono adecuadamente».

II.D. Sustitución, cese y suspensión de los patronos

A) Sustitución

La sustitución de los patronos se hará en la forma prevista en los estatutos. De no ser posible hacerlo de este modo, se procederá según lo dispuesto para la reforma de Estatutos, en cuyo caso el Protectorado podrá nombrar provisionalmente a las personas que ocupen estos cargos hasta que la reforma esté culminada (artículo 18.1 LF).

Hay un supuesto de sustitución automática, aquél en el que el cargo de patrono está habilitado por ocupar un cargo (por ejemplo, Arzobispo de Zaragoza) en el que cesa. En este caso, la persona que lo sustituya lo hará también como patrono de la Fundación.

⁷ ECLI:ES:APO:2004:659

B) Cese

El artículo 18.2 LF lista las causas de cese de los patronos. Cuscó y Cunillera⁸ las sistematizan en los siguientes supuestos:

- a) Cese por cuestiones personales: muerte, declaración de fallecimiento, incapacidad, inhabilitación, incompatibilidad y renuncia.
- b) Cese automático: cese en el cargo en función del cual se designó al patrono cuando representa a una persona jurídica y el cese por el transcurso del tiempo previsto como duración del mandato.
- c) Cese o suspensión impuesta judicialmente: cese por no desempeñar el cargo con la diligencia exigida y el cese o suspensión en juicio sobre responsabilidad del patrono.
- d) Cese por las causas previstas en los Estatutos.

C) Suspensión

La suspensión de un patrono solo puede llevarse a cabo por la autoridad judicial en aplicación de una medida cautelar, dentro de un proceso en el que haya que resolverse una acción de responsabilidad (artículo 18.3 LF). La suspensión termina con la resolución judicial, en función de su resultado se transformará o no en el cese del patrono involucrado.

II.E. La gratuidad del cargo de patrono

Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione. Es decir, la ley prevé que no pueden cobrar, pero, al lado de ello, permite activar mecanismos para que tampoco les cueste dinero serlo.

Por otra parte, el Patronato podría fijar para los patronos una retribución para servicios distintos a sus funciones en el ejercicio de su cargo, siempre que el fundador no hubiese dispuesto lo contrario y esté autorizado por el Protectorado. Sin embargo, aquí hay un proble-

⁸ CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

ma, y es que la ley no concreta cuáles son las funciones de los patronos en relación con su cargo, con lo que hay una lógica incertidumbre sobre qué servicios podrían ser remunerados y cuáles no.

II.E.1. Derecho al reembolso de gastos debidamente justificados

Párrafo primero del artículo 15.4 LF: «Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función».

En la doctrina está comúnmente aceptado que el reembolso de los gastos obedece a la conveniencia de evitar un enriquecimiento injusto por parte de la fundación. De este modo, el reembolso no tiene carácter remuneratorio, sino resarcitorio⁹.

Se trata de partidas de gastos que razonablemente que razonablemente tengan que ejecutar los patronos para el ejercicio de su cargo y que puedan ser debidamente justificados. Ahora bien, dentro de estos gastos que dan derecho a reembolso no se encuentra el lucro cesante por el tiempo que el patrono deja de dedicar a sus actividades profesionales.

En los conceptos más comunes de este tipo de gastos, como son viajes o alojamientos, es bastante común que sea el patrono quien adelanta el dinero (la otra opción es que contrate la Fundación directamente con el proveedor del servicio hotelero o de transporte), en tal caso se produciría un reembolso de cantidad.

Los gastos reembolsables no pueden encubrir una retribución, por lo que en éstos no estarían incluidos la percepción de dietas por la realización de labores de gestión de la fundación¹⁰. En aras de la transparencia y buen gobierno, sería conveniente evitar el pago de dietas, salvo casos muy especiales que debieran autorizarse por el Protectorado. La recurrencia de actividades que pudieran dar lugar al abono de dietas implica que la fundación es muy dinámica y que necesita personal profesional de gerencia, que sí tendría derecho a dietas como consecuencia de su contrato laboral con la fundación¹¹.

⁹ CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

¹⁰ MARTÍNEZ BALMASEDA, A. (2014). La retribución de los patronos de las fundaciones. En A. EMPARANZA SOBEJANO, *Nuevas orientaciones en la organización y la estructuración jurídica de las fundaciones*. Marcial Pons. Pág. 116.

¹¹ SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters. Pág. 114.

El artículo 15.4 LF se relaciona con los artículos 1728 y 1729 CC, de tal suerte que los patronos tendrían derecho a los intereses devengados por la cantidad anticipada y al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el desempeño de su cargo, siempre que no medie culpa o imprudencia por su parte.

II.E.2. Retribución a los patronos por la prestación de servicios. La autocontratación

El Patronato puede acordar la retribución de servicios prestados por patronos que sean distintos de las funciones que les correspondan como miembros del Patronato (artículo 15.4 LF).

El ejercicio de la labor como miembro del patronato es gratuita los patronos, pero pueden cobrar por servicios presentados a la fundación, ahora bien, únicamente cuando esos servicios no estén dentro de las funciones que le corresponden en razón de su cargo. Además, para que se active esta posibilidad siempre tienen que mediar dos circunstancias: que el fundador no lo hubiera prohibido y que previamente lo autorice el Protectorado.

Se trata de la figura de la autocontratación, que vienen a ser aquellos casos en los que la voluntad de una persona puede vincular a dos o más patrimonios o centros de interés¹². En este caso concreto son situaciones en las que una persona que actúa tanto en interés propio como en interés de quien representa, a través de un negocio jurídico en el que se relacionan ambas partes y en el que ambas quedan obligadas¹³. De producirse la autocontratación, el patrono tendría una doble vinculación con la Fundación: una, por su condición de patrono, que estaría regulada por la LF, los Estatutos y el RF; otra, por la prestación de servicios, cuyo marco normativo se regiría por la naturaleza del negocio jurídico¹⁴.

El Protectorado denegará la autorización cuando la autocontratación encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono o cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no esté equilibrado con el precio que paga (artículo 34 LF), casos en

¹² ESTRUCH ESTRUCH, J. (2013). Eficacia e ineeficacia del autocontrato. *Anuario de derecho civil*, 66, 985-1043.

¹³ MARÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91. Pág. 74.

¹⁴ MARTÍNEZ BALMASEDA, A. (2014). La retribución de los patronos de las fundaciones. En A. EMPARANZA SOBEJANO, *Nuevas orientaciones en la organización y la estructuración jurídica de las fundaciones*. Marcial Pons. Pág. 119.

los que los beneficios de la autocontratación sean asimétricos (que la fundación pague un precio desproporcionado por el servicio).

La normativa trata de garantizar el equilibrio de intereses y la imparcialidad del patrono en su relación con la Fundación. La autocontratación no está prohibida, porque no produce perjuicio ineludible a los intereses de la Fundación, porque cuando hay autocontratación el conflicto es potencial, pero no tiene por qué haberlo necesariamente. Por tal motivo, en estos casos debe preverse es un procedimiento en el que el patrono comunique la situación de potencial conflicto, y se abstenga de participar en la decisión del Patronato que debe adoptar al respecto¹⁵.

La autorización del Protectorado es preceptiva en todos los casos de autocontrato: es indiferente que contrate con el patrono en primera persona, con alguien a quien represente, o con una sociedad en la que tenga una posición relevante, y con independencia de la cuantía del negocio jurídico. En la normativa no se menciona los casos en los que la Fundación contrata con el cónyuge o un familiar del patrono.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

III.A. Los deberes de diligencia y lealtad

El artículo 17.1 LF dice que «los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal». Habida cuenta de que la redacción es tan sucinta, hay que acudir a la normativa de las sociedades de capital y a su abundante doctrina para completar los vacíos que presenta la LF en el análisis y configuración de los conceptos de diligencia y lealtad. El Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), dice en los artículos 225¹⁶

¹⁵ SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters. Pág. 130.

¹⁶ Deber general de diligencia:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.
2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.
3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

y 227¹⁷ que los administradores deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante.

Parte de la doctrina tradicionalmente consideró que es conveniente atenuar los deberes de diligencia y lealtad de los patronos de las Fundaciones con respecto a la que deben presentar los administradores en las sociedades de capital, bajo los argumentos de que su cargo es gratuito frente al carácter remunerado del administrador en las sociedades de capital, y que, además, atenuando la responsabilidad se puede atraer a más personas a las actividades de beneficio social que realizan. Discrepo de esta postura, desde mi punto de vista los grados de diligencia y lealtad de los patronos no deben ser diferentes a los de los administradores de las sociedades de capital¹⁸:

- a) Una gestión negligente o desleal de los administradores en sociedades de capital causa la pérdida del dinero de los inversores y el empleo de los trabajadores de la empresa. En las fundaciones no sólo se causaría ese mismo perjuicio, sino que además se añade la lesión al interés general, la pérdida de beneficio para colectivos genéricos de personas, que en numerosas ocasiones están en situación de vulnerabilidad. Recuérdese que un Patronato gestiona un patrimonio ajeno que se destina a un fin de interés general.
- b) Las similitudes en el tratamiento legislativo de la responsabilidad de fundaciones y sociedades de capital son abundantes, por ejemplo, la acción de responsabilidad fundacional es equivalente en la mayoría de los aspectos a la acción social de responsabilidad de las sociedades de capital, o la responsabilidad de los miembros del Patronato es solidaria, igual que en las sociedades de capital. Sería ilógico separarse de esta misma línea en los deberes de diligencia y lealtad de los patronos.
- c) Es cierto que los patronos ejercen su cargo de modo gratuito, pero esto no significa que no tengan retribución. Ésta puede

¹⁷ Deber de lealtad:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

¹⁸ Lo cual es distinto a considerar que no se puede aplicar por analogía la normativa de las sociedades de capital para que terceros puedan entablar acción de responsabilidad contra los patronos de las fundaciones, que analiza la STSJ de Cataluña 35/2009, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2009:9453).

venir, por ejemplo, del prestigio social que comporta, o de la posibilidad de encontrar aliados para sus actividades mercantiles privadas, e incluso de la perspectiva de obtener ingresos por actividades dentro de la Fundación por actividades distintas a las tareas que comporta su labor como patrono. Por cuanto la condición de patrono conlleva una ventaja potencial, es dudosa la aplicación del artículo 1726 CC¹⁹.

- d) El Patronato puede contar con el Protectorado para la supervisión y orientación de sus acciones, de modo que los patronos pueden encontrar apoyo y asesoramiento en sus labores de administración y gestión.
- e) La legitimación activa en la acción de responsabilidad fundamental es muy restringida, lo que en la práctica supone que los casos de fiscalización de la conducta de los patronos serán mucho menores que en las sociedades de capital.
- f) Precisamente por destinarse a un fin de interés general, las fundaciones cuentan con beneficios fiscales, con lo cual, en último término, hay una implicación económica de las administraciones públicas en la consecución de sus fines.

III.A.1. El deber de diligencia

El deber de diligencia hace referencia a un canon o criterio de conducta relativo al cumplimiento de las obligaciones que derivan del cargo de patrono. La diligencia es una obligación de medios, no de resultados, lo que implica que no es posible que derive responsabilidad únicamente por el daño causado en el patrimonio de la fundación, sino que es necesario valorarlo siguiendo otros parámetros, como el estudio e información sobre la decisión llevada a cabo o la protección de los intereses sociales. La responsabilidad de los patronos no es objetiva: para que se pueda apreciar responsabilidad se necesita, además del daño, una conducta por debajo del cuidado que habría tenido cualquier otro patrono en las mismas circunstancias²⁰, por tanto, una eventual responsabilidad se desencadenaría cuando el nivel de diligencia no fuese el que racionalmente deba seguirse en el acto concreto.

¹⁹ «El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido».

²⁰ MARTÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91.

Según la normativa mercantil, el grado de diligencia exigible sería a de un ordenado empresario, con una conducta socialmente esperable que integra tanto los usos del comercio como las buenas prácticas de la gestión empresarial²¹. Por lo tanto, para determinar el grado de diligencia debida, hay que ir al caso concreto.

La conducta a observar, que no es el grado de diligencia, es diferente si las fundaciones realizan o no actividades económicas: en las fundaciones que no las realizan, llamadas fundaciones dotacionales, los rendimientos derivan exclusivamente de la dotación fundacional, con lo cual no han de poner esfuerzo para acrecentar el patrimonio, cuestión que sí es crucial en las fundaciones empresariales²².

III.A.2. El deber de lealtad

Un patrono mantiene con la fundación una relación fiduciaria: se le pide que actúe de buena fe y en beneficio de la entidad. De esta manera, la aceptación de la posición de representación obliga a anteponer el interés del representado a los intereses del representante.

Es la misma lealtad que la LSC exige a los administradores de las sociedades de capital: «la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad» (artículo 227). Es decir, en virtud de la lealtad, el patrono debe anteponer los intereses de la fundación a los suyos propios y, por tanto, deben anteponer el beneficio de sus representados, por lo que en ningún caso deben obtener beneficio alguno, ni para sí ni para su círculo familiar o social, del ejercicio del cargo.

Alfaro²³ describe el deber de lealtad de la actuación de un administrador como un freno: «la actuación del administrador es conforme con el interés social y, en términos jurídicos, el interés social no actúa como una directiva de conducta sino como un freno o límite al ejercicio de facultades, poderes o funciones discrecionales. Desde mi punto de vista, lo dicho puede aplicarse exactamente a los patronos».

²¹ CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

²² SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, nº 7640.

²³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2016). El interés social y los deberes de lealtad de los administradores. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 213-236.

III.B. Naturaleza y ámbito de la responsabilidad

La responsabilidad de los patronos será contractual, sobre la base del reconocimiento de una relación jurídica de servicios entre fundación y patrono²⁴.

En este sentido, hay tres circunstancias a resaltar²⁵:

- a) Se trata de conductas que no hayan estado caracterizadas por la diligencia debida en función de los usos de comercio y de gestión empresarial. La responsabilidad es orgánica, por daños y perjuicios del Patronato en el ejercicio de sus competencias.
- b) Se trata de una responsabilidad desde el punto de vista del derecho de obligaciones, en virtud de la relación jurídica entre el patrono y la Fundación que se sujeta a daños y perjuicios por incurrir en dolo, negligencia y morosidad, según se desprende del artículo 1101 CC²⁶.
- c) Las personas jurídicas responden por los actos de sus representantes, sin perjuicio de la correspondiente acción de regreso.

Es una responsabilidad es orgánica, **en cuanto se deriva de la actuación de un órgano en el ejercicio de sus competencias**. La responsabilidad de los patronos se circscribe exclusivamente por actos realizados en el ejercicio de su cargo, en funciones de gobierno, administración y representación, acuerdos tomados en sede del Patronato.

Fuera de la acción fundacional de responsabilidad la LF no contempla otros mecanismos de atribución y exigencia de responsabilidad a los patronos²⁷.

IV. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

En este epígrafe se analizan los supuestos de responsabilidad de los patronos en función de la persona frente a quien deba asumirla. De manera principal, frente a la propia fundación, pero también los

²⁴ OREJAS CASAS, J. A. (2019). Buen gobierno y responsabilidad de los patronos en las Fundaciones. *Actualidad Civil*, nº 1.

²⁵ SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters. Pág. 154.

²⁶ «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniéren al tenor de aquéllas».

²⁷ ESTEBAN MONASTERIO, I. (2014). Responsabilidad de los patronos por deudas o insolvencia de la Fundación. *Actualidad civil*, nº 3, 266-283.

supuestos específicos frente el protectorado. Además, hay un estudio específico sobre la posibilidad de subrogación de terceros en la acción de responsabilidad.

IV.A. La responsabilidad de los patronos frente a la fundación

La responsabilidad de los patronos se canaliza a través de la acción fundacional de responsabilidad o acción en interés de la fundación, que persigue la reparación del daño causado por estos en el ejercicio de su cargo. El propósito y finalidad de esta acción son en sustancia los mismos que los de la acción social de responsabilidad de las sociedades de capital del artículo 238 LSC²⁸.

IV.A.1. Presupuestos de responsabilidad

Los presupuestos de la responsabilidad son la conducta antijurídica, el daño el nexo causal. Existen, por otra parte, supuestos de exoneración de la responsabilidad.

A) La conducta antijurídica

Los actos que pueden originar responsabilidad proceden de dos supuestos, actos contrarios a la ley o a los Estatutos o actos sin la diligencia de un representante leal:

- a) Actos contrarios a la ley o a los Estatutos. El artículo 2.2 LF dice que «las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley». Los actos de contravención de las normas básicas de funcionamiento de la Fundación son causa de responsabilidad ante la misma.
- b) Infracción de la diligencia exigible. Son conductas en las que los patronos no actúan como un representante leal. En este sentido, ha de reiterarse que se trata de una obligación de medios, no de resultado, y que el grado de diligencia se equipara a la exigida a los administradores de las sociedades de capital.

²⁸ SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, nº 7640.

B) El daño

Para que exista responsabilidad de los patronos frente a la Fundación no se necesita solo una conducta contraria a la ley o a los Estatutos, o negligente, sino también que la fundación hubiera sufrido un daño. De esta manera no se produciría responsabilidad si un patrono actuase de modo diligente y existiese un perjuicio, o si lo hiciese de modo imprudente pero el daño no se produjese. El daño en el patrimonio de la Fundación debe estar valorado y probado, e incluye tanto el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1106 CC²⁹).

C) Nexo causal.

El daño ha de estar causado por la conducta del Patronato, unidos por una relación causa-efecto.

D) Supuestos de exoneración.

- a) Están exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. La posible exoneración de la responsabilidad hace especialmente importante a efectos probatorios que la dirección del voto de los patronos disidentes conste en acta. En este sentido el artículo 12.2 RF dice que en el acta podrá figurar, a solicitud de cada patrono, el voto contrario o favorable al acuerdo adoptado o su abstención, así como la justificación del sentido de su voto. Los patronos tienen derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, si aportan el texto que se corresponda fielmente con su intervención, de manera que una copia se unirá al acta. Podrán formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas.
- b) Tampoco será exigible responsabilidad en casos de fuerza mayor, en el sentido del artículo 1105 CC: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo decla-

²⁹ «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

re la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

IV.A.2. Legitimación activa

Según el artículo 17.3 LF «la acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación: a) Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado. b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2. c) Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere Patrono».

De esta manera, están legitimados para entablar la acción:

A) El Patronato

No debe haber duda sobre que la expresión de la LF, «el propio órgano de gobierno de la Fundación» se refiere al Patronato, y así lo corrobora el artículo 14 LF («en toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno»). El acuerdo para el ejercicio de la acción ha de ser tomado según lo previsto en el artículo 11.1 RF, por mayoría de los patronos presentes o representados.

Hay que resaltar que en los casos en el que el acuerdo lesivo se adopte por mayoría, es muy complicado en la práctica que el Patronato ejerza la acción; en tal caso, únicamente podría hacerlo el Protectorado, los patronos disidentes o ausentes, o el fundador no patrono³⁰. Si el acuerdo hubiera sido tomado por unanimidad, el círculo de legitimados activos se restringiría aún más, sólo la tendría el Protectorado o el fundador no patrono, si existiese.

El acuerdo para el ejercicio de la acción ha de ser tomado según lo previsto en el artículo 11.1 RF, por mayoría de los patronos presentes o representados.

³⁰ MARIMÓN DURÁ, R., & OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (2008). Artículo 17. Responsabilidad de los patronos. En J. OLAVARRÍA IGLESIAS, *Comentarios a la Ley de Fundaciones* (págs. 424-453). Tirant lo Blanch.

B) El Protectorado

El Protectorado está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad y para instar el cese de los patronos. Asimismo, está legitimado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación (artículo 35.2 LF).

C) Patronos disidentes o ausentes

Esta legitimación activa es la otra cara de la exoneración de responsabilidad del artículo 17.2 LF. Ha de negarse la legitimación activa a los patronos que hubieran votado a favor del acuerdo lesivo, como dice la STS 364/2012, de 18 de junio³¹: «basta con leer la sentencia recurrida, y especialmente la parte transcrita en el fundamento jurídico anterior, para comprobar que está suficientemente motivada dado que expresa de forma comprensible la razón causal de su fallo, que no es otra que la falta de legitimación activa de la hoy recurrente para entablar la acción de responsabilidad, conforme al art. 17 de la Ley de Fundaciones, por haber votado a favor de los acuerdos en que los daños y perjuicios alegados en la demanda habrían tenido su origen, por más que la ejecución de los propios acuerdos no correspondiera al Patronato en sí mismo».

D) El fundador no patrono

¿Existen otros posibles legitimados para plantear la acción? La actual redacción del artículo 17.3 LF no lo hace posible. Así lo refrenda la STSJ Castilla-La Mancha 232/2017, de 16 de febrero³²: «Como se desprende del anterior precepto [el artículo 17.3 LF], únicamente se prevé la responsabilidad de los patronos frente a la fundación, reconociendo legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad al propio órgano de gobierno de la fundación, al Protectorado, a los patronos disidentes o ausentes, y al fundador cuando no fuere patrono. Sin embargo, no se contempla la posibilidad de una acción de responsabilidad de los acreedores contra los patronos».

Sin embargo, sería conveniente *lege ferenda* habilitar la legitimación a otros sujetos con un elevado interés en el buen funcionamiento

³¹ ECLI:ES:TS:2012:4397

³² ECLI:ES:TSJCLM:2017:291

de la fundación. La configuración tan restrictiva de legitimados activos puede producir en numerosos casos la no exigencia de responsabilidad, habida cuenta de que el Patronato no tiene contrapesos internos en las fundaciones, como sí los hay en las sociedades de capital o en las asociaciones.

Existe un caso especialmente problemático, el de las fundaciones descendientes de la obra social de las cajas de ahorro. En ellas, las funciones de Protectorado son ejercidas por los órganos designados por el Ministerio o la Consejería de Economía correspondiente, y no el órgano que la ejerce usualmente para el resto de las fundaciones, lo cual plantea dudas sobre la preparación técnica para velar por el fin fundacional o para la detección de situaciones de potencial riesgo para la estabilidad de la entidad; en este sentido, artículo 25³³ de la Ley 4/2014, de 26 de junio, de Fundaciones Bancarias de Aragón y artículo 45³⁴ de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias.

Principalmente hay cinco clases de terceros con un interés legítimo en la buena marcha de la Fundación, que serían especialmente indicados para ostentar una legitimación activa en la acción³⁵:

- a) Colaboradores. Son aquellas personas físicas o jurídicas no representadas en el Patronato que se unen a la Fundación en determinadas situaciones con el propósito de lograr una consecución mayor y óptima de los fines fundacionales.
- b) Beneficiarios. Aquellas personas que reciben ayuda, asistencia o beneficio por la actividad de la Fundación.
- c) Donantes. Personas físicas o jurídicas que apoyan la labor fundacional con la entrega de bienes o servicios sin contraprestación alguna, para el cumplimiento de los fines de interés general.

³³ «El protectorado de las fundaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley será ejercido por el Departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de economía».

³⁴ «En el supuesto de fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma, el protectorado será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad siempre que individualmente ostenten una participación directa o indirecta en la entidad o entidades de crédito de, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto o, teniendo un porcentaje inferior, la fundación bancaria sea su mayor accionista. En caso contrario, el protectorado será ejercido por la correspondiente Comunidad Autónoma».

³⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2012). Los códigos de buen gobierno corporativo en las entidades sin ánimo de lucro: en especial en las fundaciones. *Oñati socio-legal series*, 24-52. Págs. 37 a 40.

- d) Trabajadores. En numerosas ocasiones los trabajadores de las fundaciones presentan un alto grado de implicación con los fines fundacionales, superior al de otras tipologías organizativas de corte empresarial.
- e) Sociedad civil. Por cuanto que las Fundaciones representan una extensión del servicio público prestado por las administraciones públicas, y porque para ello reciben una serie de beneficios fiscales, es lógico pensar que cualquier ciudadano podría presentar, en una medida u otra, un interés legítimo en la buena marcha de la Fundación.

Con la actual arquitectura jurídica de la LF, ninguna de estas personas podría entablar la acción de responsabilidad fundacional, por grande que fuera el daño que hubiera sufrido la fundación por la actuación de los patronos.

La prescripción de la acción es de 4 años contados a partir del momento en el que pudo haber sido interpuesta (artículo 241 bis LSC).

IV.A.3. Efectos de la responsabilidad

De entablarse la acción de responsabilidad por daños causados por los patronos a la fundación, podrán producirse los siguientes efectos:

A) Reparación del daño

Los patronos deberán restituir el patrimonio de la Fundación a la situación que hubiera tenido de no haberse producido el daño. Comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante.

B) Cese y suspensión de los patronos responsables

El cese implicaría el fin definitivo de la relación de los patronos con la Fundación, la suspensión su congelación hasta que no se esclareza en sede judicial si ha habido o no responsabilidad.

El cese ha de activarlo el Patronato o, a falta de actividad, del Protectorado. En todo caso, el cese no es potestativo del Patronato o el Protectorado, sino que es una consecuencia automática de estos supuestos. El encabezamiento es concluyente, con el verbo redactado en futuro: «El cese de los patronos de una fundación se producirá».

En cambio, la suspensión cautelar de los patronos inmersos en una acción de responsabilidad fundacional sí es potestativa, pero deberá ser acordada por el juez como medida cautelar cuando se entable contra ellos una acción de responsabilidad (artículo 18.3 LF).

C) *La responsabilidad solidaria*

Los patronos que hubieran cometido los actos dañosos responderán solidariamente frente a la fundación, una previsión que la equipara la regulación a la de las sociedades de capital (artículo 237 LSC³⁶). Consecuencia natural de la colegialidad del órgano, la responsabilidad solidaria implica una presunción de responsabilidad de todos los sujetos que forman el Patronato, de la que se pueden exonerar si concurren las circunstancias del artículo 17.2 de la LF³⁷.

El régimen de solidaridad supone una mayor garantía para el cobro de la deuda por parte de la fundación, puesto que la acción puede dirigirse contra cualquiera de los patronos o, incluso, contra todos ellos a un tiempo. Se trata de proteger el interés de la fundación, en cuyo beneficio los legitimados activos (Patronato, Protectorado, patronos disidentes o fundador) presentan la acción de responsabilidad. Una vez satisfecha la deuda indemnizatoria, el patrono que la hubiera satisfecho dispondrá de la acción de regreso del artículo 1145 CC³⁸.

Aunque parte de la doctrina considera excesiva esta previsión, no lo es para mí: entiendo que es medida en consonancia con la respon-

³⁶ «Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél».

³⁷ MARTÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91. «Por tanto, se parte de la base de que todos los patronos han actuado en el acuerdo o acto lesivo, por lo que, a todos se les imputan los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad por el acto o acuerdo lesivo, pero al mismo tiempo, todos tienen la posibilidad de exonerarse de la responsabilidad probando que no tenían conocimiento del mismo, o que teniéndolo, han hecho todo lo posible para evitarlo».

³⁸ «El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación.

El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.

La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno».

sabilidad que asumen al gestionar un patrimonio ajeno destinado al interés general³⁹.

Para prevenir este tipo de conductas es cada vez más frecuente la redacción de códigos éticos⁴⁰ o de buen gobierno⁴¹ aplicables a toda la organización y, en particular, a las personas que detentan su gobierno y representación.

IV.B. Casos de responsabilidad de los patronos frente al Protectorado

En este apartado se recogen los casos en los que los patronos incumplen determinadas obligaciones frente al Protectorado que, con independencia de un eventual daño a la fundación, pueden ser objeto de responsabilidad.

IV.B.1. Actos realizados sin autorización previa o comunicación posterior

Determinados actos realizados por el Patronato han de ser objeto de autorización previa por el Protectorado o han de ser comunicados una vez que han tenido lugar. ¿Qué consecuencias tienen estos incumplimientos?

- a) Cuando se trata de un acto para el que no se ha solicitado autorización previa, el Protectorado puede concederla a posteriori. Si estima que el Patronato no hubiera actuado con la diligencia debida y se hubiera causado daño a la fundación, puede activar la acción de responsabilidad del artículo 17.3 LF. Si no existe daño, no podrá activar esa acción, pero sí la del artículo 18 LF y solicitar a la autoridad judicial el cese de los patronos involucrados.
- b) Cuando lo que se omite es la comunicación posterior, y en cuanto no afecta a la validez civil del acto, no se habilita la acción de

³⁹ Por ejemplo, Serrano aprecia el riesgo de inacción de los patronos o de oposición a muchas medidas de cierto riesgo que pudieran ir en favor de la Fundación. Visto en SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones. *Aranzadi Thomson Reuters*. Págs. 176 y 177.

⁴⁰ MONTES SEBASTIÁN, B. (2020). Técnicas de Compliance en las Fundaciones. En *Guía práctica de compliance en el sector público*. El Consultor de los Ayuntamientos.

⁴¹ GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2012). Los códigos de buen gobierno corporativo en las entidades sin ánimo de lucro: en especial en las fundaciones. *Oñati socio-legal series*, 24-52.

responsabilidad solo por ese hecho. Se trata, en particular, de los actos de enajenación y gravamen del artículo 21 LF o los de aceptación de herencias y donaciones del artículo 22 LF. En los supuestos en que considerase que la falta de comunicación es una negligencia en el desempeño del cargo, podrá pedir el cese de los patronos

En ambos casos, el procedimiento es el siguiente (artículo 21 RF):

- a) En las situaciones en que el Protectorado tenga conocimiento de que el Patronato ha realizado actos de disposición o gravamen si la debida autorización o sin cumplir la obligación de comunicar el negocio realizado, le requerirá cuanta información considere conveniente.
- b) El Patronato dispondrá de un plazo de 15 días para suministrar dicha información.
- c) A la vista de las circunstancias, el Protectorado resolverá. Con independencia de que valide el defecto y autorice el negocio a posteriori, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los patronos involucrados o solicitar la autoridad judicial su destitución.

IV.B.2. Incumplimiento del deber de inscripción

Se trata de la responsabilidad derivada del artículo 13 LF. Si los patronos no hubieran inscrito a la fundación en el Registro pasados 6 meses desde la escritura pública fundacional, el Protectorado, al margen de tener que cesarlos, podrá entablar acción contra ellos para hacerles responsables de las obligaciones contraídas en nombre de la Fundación y por los perjuicios causados; esta responsabilidad será solidaria.

IV.C. La eventual responsabilidad de los patronos frente a terceros

¿Qué ocurre en el caso de terceros perjudicados por actos negligentes de los patronos en el ejercicio de su cargo? La LF no recoge, a diferencia de la LSC, la legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social (artículo 240 LSC) y tampoco hace ninguna mención a la acción individual de responsabilidad iniciada por terceros que han visto lesionados sus intereses por los actos de los

administradores (artículo 241 LSC). En la LF no se dice nada sobre la posibilidad de subrogarse en la acción de responsabilidad, pero, ¿sería posible? ¿Puede aplicarse por analogía la normativa de las sociedades de capital, bajo la cual sí se puede dirigir la acción contra los administradores y aplicarla al caso de los patronos de las fundaciones?

Tiene lógica jurídica plantearse, incluso considerar, que hay una laguna legal en la LF, que puede cubrirse a través de la analogía que faculta el artículo 4.1 CC: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

En este caso, para que se pudiese activar la acción subrogatoria sería necesario considerar, primero, que existe una laguna legal en la LF y, segundo, llegar a la conclusión que esa laguna se cubre por analogía con la normativa de la LSC, con el razonamiento de que entre las fundaciones y las sociedades de capital hay una identidad de razón como personas jurídicas.

La cuestión fue abordada por la STSJ de Cataluña, 35/2009, de 17 de septiembre⁴², que se formuló las siguientes preguntas:

¿Existe laguna legal en la LF que impide que los terceros puedan subrogarse en la acción de responsabilidad?

¿Concurren o no los supuestos para la aplicación analógica de la normativa de la LSA al caso concreto?

Responde negativamente a ambas. Primeramente, el fallo considera que no hay una laguna legal, pero, además no ve identidad de razón entre las dos personas jurídicas.

La Sentencia considera que la laguna no existe, así que en puridad no sería necesario abordar si la analogía funciona o no. Sin embargo, el TSJ de Cataluña lo hace, y sostiene que la normativa mercantil no es aplicable al caso⁴³. A pesar de que diversas conclusiones de la sentencia son discutibles, una cosa es cierta: la normativa de las fundaciones, que se va aproximando de forma explícita en varias cuestiones a la de las sociedades de capital (por ejemplo, en la diligencia debida o en la solidaridad de la responsabilidad), no lo hace en ésta, sobre lo que guarda silencio. El TSJ concluye que el pretendido olvido del legislador no es tal, sino que en realidad es intencionado. A mayor abundamiento, el artículo 15 de Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA) sí legitima a terceros a

⁴² ECLI:ES:TSJCAT:2009:9453

⁴³ Fundamentos jurídicos 3, 4 y 5.

ejercer la acción de responsabilidad contra los miembros de la junta directa va en el caso de las asociaciones.

Con este razonamiento, si los terceros perjudicados por actos negligentes de los patronos no pueden ejercitar por analogía la normativa de las sociedades de capital, ¿qué solución habría? La Sentencia remite a la acción de responsabilidad del artículo 1902 CC (FJ 4º): «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 -como veremos más adelante- otros supuestos de responsabilidad individual de los patronos (ex art. 1.902 C.C.), si bien en ningún caso por analogía (p.e. ex art. 4.1 C.C.) con lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas en los arts. 133, 135 y 262.5 LSA , al no concurrir el requisito de la identidad esencial exigido para ésta».

La separación entre fundaciones y sociedades de capital que hace la sentencia se antoja demasiado radical: actualmente una parte importante de las fundaciones son operadores que se desenvuelven en el tráfico jurídico de forma activa, bajo criterios de eficiencia económica. De este modo, como agentes económicos que son y que actúan en el mercado como cualquier otro, sería lógico que las reglas fuesen las mismas, o al menos similares⁴⁴.

A pesar de que la doctrina ha estado unánimemente de acuerdo en la conveniencia de una acción de responsabilidad por parte de terceros contra patronos de la fundación por negligencia basada en los principios generales de responsabilidad, esta posibilidad no existe de momento en España. Sin esta opción abierta, hay una cuestión irrefutable: los terceros están más desprotegidos en las fundaciones frente a daños causados por los patronos que en las sociedades de capital por daños provenientes de los administradores⁴⁵.

Dicho todo lo anterior, las únicas soluciones para los terceros por vía jurisdiccional serían⁴⁶:

⁴⁴ MATO PACÍN, M. N. (2010). Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2009: responsabilidad de patronos frente a terceros. *Anuario de Derecho de Fundaciones*, nº 1, 507-528.

⁴⁵ MARTÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91.

⁴⁶ Visto en SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, nº 7640.

- a) Contra la fundación, por responsabilidad de ésta como persona jurídica, sea contractual o extracontractual.
- b) Contra los patronos, por actos individuales de éstos, en cuyo caso se trata de la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 CC.

Además de lo anterior, fuera de la reclamación judicial, los terceros pueden estimular al Protectorado para que entablen las acciones de responsabilidad fundacional contra los patronos que consideren responsables, aunque el órgano no tendría la obligación de actuar.

V. CONCLUSIONES

Primera.—La responsabilidad fundacional de los patronos se produce cuando el ejercicio de su cargo produce un daño a la Fundación y, además, su actuación es contraria a la Ley o a los Estatutos, o es producto de acciones negligentes. Desde mi punto de vista, la diligencia y lealtad exigibles a los patronos en el ejercicio de su cargo se equipara a la de los administradores en las sociedades de capital.

Segunda.—La responsabilidad es de naturaleza contractual, y se dirige a reparar el daño causado por las acciones de los patronos en el ejercicio de sus funciones. La determinación de la responsabilidad exige: una conducta antijurídica (contraria a la ley o a los Estatutos, o sin la diligencia debida), un daño para la Fundación y un nexo causal entre ambas. La responsabilidad es solidaria, y todos los patronos que tomen el acuerdo lesivo estarán sujetos a ella, a no ser que concurran circunstancias de exención.

Tercera.—La legitimación activa en la acción de responsabilidad fundacional es muy restringida: el propio Patronato, el Protectorado de Fundaciones, los patronos disidentes o ausentes y el fundador no patrono. Habida cuenta de que las Fundaciones son entidades destinadas al interés general, sería deseable la ampliación de la legitimación activa a, como mínimo, colaboradores, donantes y beneficiarios de la fundación (como sucede en algunas leyes autonómicas). En la situación actual es muy posible, incluso probable, que una fundación no obtenga resarcimiento debido por actos lesivos y negligentes por falta de legitimados para interponer la acción de responsabilidad (por ejemplo, un daño causado por una decisión tomada por el Patronato por unanimidad, sin disidencia, que pase inadvertida para el Protectorado y en la que no exista, como es usual, un fundador no patrono).

Cuarta.—La falta de legitimados para la interposición de la acción de responsabilidad que cercene la posibilidad de que la fundación se resarza del daño es especialmente plausible en las fundaciones bancarias, en razón a que las funciones de Protectorado las ostenta un departamento del Ministerio o, en su caso, Consejería de Economía, y no el órgano que la ejerce usualmente, técnicamente más capacitado.

Quinta.—De existir, la responsabilidad es resarcitoria de los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los patronos, que son quienes detentan las facultades de representación y gestión de la fundación. Consiste en la restitución de la situación patrimonial que tendría de no haberse producido las acciones dañosas, tanto el daño emergente como el lucro cesante. La responsabilidad es solidaria y conlleva automáticamente el cese de los patronos condenados.

Sexta.—La responsabilidad frente al Protectorado se produce por el incumplimiento de obligaciones que los patronos tienen con ese órgano: los actos realizados sin la preceptiva autorización previa o comunicación posterior o el incumplimiento del deber de inscripción en el Registro de Fundaciones. En estos casos, al margen de una eventual responsabilidad, podrá activar los procedimientos respectivos para el cese de los patronos, los primeros ante la autoridad judicial y los segundos, potestativamente, en sede del propio Protectorado.

Séptima.—Los terceros no pueden ejercitar la acción de responsabilidad por actos de los patronos que vayan en su perjuicio, una opción que existe para las sociedades de capital y para las asociaciones. La STSJ de Cataluña 25/2009, de 17 de septiembre, niega la posibilidad de aplicar por analogía la acción de las sociedades de capital, y remite a los eventuales perjudicados al régimen del artículo 1902 CC. A fin de evitar la desprotección de los terceros, sería conveniente habilitar una acción de responsabilidad que asimilase la normativa con la de la LSC o la LODA.

ANEXO. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2016). El interés social y los deberes de lealtad de los administradores. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 213-236.
- CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M. (1996). Los estatutos y su modificación. *Derecho privado y Constitución*, nº 8, 45-118.
- DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*. Tecnos.
- ESTEBAN MONASTERIO, I. (2014). Responsabilidad de los patronos por deudas o insolvencia de la Fundación. *Actualidad civil*, nº 3, 266-283.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2013). Eficacia e ineeficacia del autocontrato. *Anuario de derecho civil*, 66, 985-1043.
- FONT BOIX, M. J., & LLORENS MARTÍNEZ, E. (2015). *Responsabilidad de los patronos por conflicto de intereses en las fundaciones*. Bosch.
- GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2012). Los códigos de buen gobierno corporativo en las entidades sin ánimo de lucro: en especial en las fundaciones. *Oñati socio-legal series*, 24-52.
- GIL DE CAMPO, M. (2010). *Concepto, constitución y extinción de las fundaciones*. CISS.
- LA CASA GARCÍA, R. (2006). Apuntes sobre el concurso de las fundaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 5, 149-174.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F. (2006). La Ordenación Legal de Las Fundaciones. *La ley*, 35.
- MARIMÓN DURÁ, R., & OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (2008). Artículo 17. Responsabilidad de los patronos. En J. OLAVARRÍA IGLESIAS, *Comentarios a la Ley de Fundaciones* (págs. 424-453). Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, A. (2014). La retribución de los patronos de las fundaciones. En A. EMPARANZA SOBEJANO, *Nuevas orientaciones en la organización y la estructuración jurídica de las fundaciones* (pág. 116). Marcial Pons.
- MARTÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91.
- MATO PACÍN, M. N. (2010). Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2009: responsabilidad de patronos frente a terceros. *Anuario de Derecho de Fundaciones*, nº 1, 507-528.
- MATO PACÍN, M. N. (2017). La reversión de los bienes fundacionales: una cuestión controvertida. En *Estudios Jurídicos: Liber Amicorum*.

- corum en honor a Jorge Caffarena* (págs. 539-561). Colegio de Registradores.
- MONTES SEBASTIÁN, B. (2020). Técnicas de Compliance en las Fundaciones. En *Guía práctica de compliance en el sector público*. El Consultor de los Ayuntamientos.
- OREJAS CASAS, J. A. (2018). La organización y dirección de las Fundaciones. *CIRIEC-España Revista Jurídica*, nº 32.
- OREJAS CASAS, J. A. (2019). Buen gobierno y responsabilidad de los patronos en las Fundaciones. *Actualidad Civil*, nº 1.
- POUS DE LA FLOR, M. P., LEONSEGUI GUILLOT, R. A., & DEL RÍO COBIÁN, E. (2017). *Gestión y administración de Fundaciones*. Tirant lo Blanch.
- QUEROL GARCÍA, M. T. (2008). *Régimen jurídico de las Fundaciones*. CISS.
- RODRÍGUEZ PINTO, M. S. (2002). Los principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de intereses en la representación. *Anuario de derecho civil*, 4, 1751-1766.
- RUIZ JIMENEZ, J., & TEJEDOR MUÑOZ, L. (2017). El Gobierno de la Fundación. En P. D. FLOR, M. P., & E. DEL RÍO COBIÁN, *Gestión y administración de las Fundaciones* (págs. 26-42). Tirant lo Blanch.
- SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters.
- SERRANO GARCÍA, I. (2007). El patronato. En J. M. BENEYTO PÉREZ, *Tratado de Fundaciones, vol. I*. Bosch.
- SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, nº 7640.