

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES

[The regime of patrons' foundation liability]



Ana MARTÍNEZ TAPIADOR

Graduada en Derecho y Bachelor in International Business.
anamorpez@hotmail.com

Fecha de recepción: 05/08/2016

Fecha de aceptación: 10/10/2016

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ■ II. ¿QUÉ ES UNA FUNDACIÓN? ■ III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FIGURA DEL PATRONATO ■ IV. EJERCICIO DEL CARGO DE PATRONO ■ V. RESPONSABILIDAD DEL PATRONO ■ VI. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN ■ VII. CONCLUSIONES ■ VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen:

El presente trabajo trata de profundizar en el tema de la responsabilidad civil de los patronos de las fundaciones en España, en función de lo dispuesto en la Ley 50/2002, de Fundaciones. El auge que han experimentado este tipo de organizaciones en nuestro país hace que el objeto del estudio sea un tema cada vez más recurrente. El problema que se plantea es que, a diferencia de las sociedades, dónde existe rica y variada jurisprudencia al respecto, en sede fundacional no la hay, por lo que el trabajo es una recopilación de la obra doctrinal más significativa en relación a la responsabilidad de los patronos de las fundaciones.

Abstract

This paper aims to deepen the subject of the regime of patrons' foundation liability in Spain, related to what is established on the Law 50/2002, related to foundations. These types of organisations have experienced a huge risen in our country, and that is why the object of our study is increasingly recurrent. The problem raised is that, unlike companies, where we can find a lot of jurisprudence related to the subject, we cannot find jurisprudence about patrons' foundation liability. That is the reason why this paper is a compilation of the more significant doctrine related to our subject.

Palabras clave

Responsabilidad, patrono, fundación, deber de lealtad, deber de diligencia, exoneraciones.

Keywords

Civil liability, patron, foundation, duty of loyalty, duty of care, exemptions.

AGRADECIMIENTOS

A D. Rafael Ansón Peironcely, por guiarme y animarme en la realización de este estudio y a D. Pablo Molina de Torres, por acercarme al mundo de las fundaciones.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este estudio se centra principalmente en el régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. La Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones, en su artículo 17 establece un régimen de responsabilidad específico para los casos en los que las actuaciones de los patronos generen daños y perjuicios a la fundación. El objetivo era desgranar el régimen de responsabilidad de los patronos, lo que en un principio pareció muy complicado puesto que no existe apenas jurisprudencia al respecto. La manera en la que hemos podido ir analizando este régimen de responsabilidad ha sido a través de dos métodos. La primera opción fue a través de la obra doctrinal y demás documentación sobre fundaciones, lo cual también es escaso, pero entonces, surgió la idea de que, ante la similitud entre el régimen previsto para la fundaciones y el régimen de sociedades de capital, se podría plantear la aplicación de las interpretaciones y doctrina societaria a las fundaciones, salvando las diferencias que se producen en cuanto a las distintas naturalezas de ambas entidades.

El trabajo comienza tratando temas generales como ¿qué es una fundación?, ¿qué es el patronato? O ¿qué implicaciones tiene la figura del protectorado?, entre otras muchas cuestiones que se tratan. La extensión de estos temas generales se ve justificada en la necesaria remisión a los mismos cuando se trata en profundidad

el régimen de responsabilidad de los patronos, puesto que no es posible lo uno sin lo otro. Posteriormente, y tras tener una figura más clara del concepto de fundación y de sus órganos, entramos completamente de lleno en el análisis del artículo 17 de la ley, en el que se determina el régimen de responsabilidad de los patronos. Para el estudio del mismo, se ha seguido el mismo esquema del artículo.

II. ¿QUÉ ES UNA FUNDACIÓN?

A) Notas generales y protección Constitucional

La Ley 50/2002, de Fundaciones, establece en su artículo 1 que *tiene por objeto desarrollar el derecho de fundación, reconocido en el artículo 34 de la Constitución y establecer las normas de régimen jurídico de las fundaciones que corresponde dictar al Estado, así como regular la fundaciones de competencia estatal*. Por, tanto, en un primer lugar, debemos establecer qué se entiende en el ordenamiento español por fundación y cuál es su naturaleza. En 1988, el Tribunal Constitucional definía las fundaciones de la siguiente forma (STC 49/1988, de 22 de marzo):

Este último precepto, [el artículo 34 CE] se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los bienes deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman. No es necesario entrar, sobre la materia, salvo en algún punto del que se tratará más adelante. Pero como afirmación general pocas dudas puede haber de que ése es el concepto de fundación a que se refiere el artículo 34 CE.

En el mismo sentido de la sentencia, el legislador confeccionó, no sólo la Ley de 1994, sino también la actual Ley 50/2002, que pasamos a analizar a continuación.

El artículo 2 de la Ley de Fundaciones establece el concepto de fundación:

- 1. 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.*
- 2. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley.*

Analizando más detenidamente las notas características de este artículo, llegamos a la conclusión de un cambio en el concepto, llamémosle histórico, de fundación como «un patrimonio afecto a un fin determinado». El legislador, en primer lugar de-

fine la fundación como una organización, lo que orienta el concepto de fundación a una visión más organizacional que patrimonial, en otras palabras, aunque sin patrimonio no pueda existir una fundación, parece que el legislador quiere hacer primar el carácter de organización para la consecución de un fin antes que el carácter de masa patrimonial¹. La relevancia de este movimiento en el concepto, se puede apreciar, entre otras cosas, en la posibilidad de proceder a una dotación sucesiva de la fundación, en la importancia conferida al gobierno de la misma y a las funciones del patronato, en la posibilidad de obtener ingresos por actividades o incluso en las obligaciones contables y presupuestarias de las fundaciones. En resumen, es preciso destacar que el concepto legal de fundación ha superado de forma definitiva la visión de la fundación como un simple patrimonio adscrito a un fin de interés general, ya que es una estructura organizativa que requiere cada vez más profesionalización y un mayor esfuerzo de gestión².

En un segundo lugar encontramos la interdicción del lucro en la redacción del artículo 2. En este punto, es preciso reseñar que las fundaciones son entidades no lucrativas por definición ancestral. Esto no prohíbe como hemos señalado anteriormente que las fundaciones obtengan beneficios de sus actividades, pero estos deberán revertir en la propia fundación, ya sea para refrendar el fin fundacional o simplemente para aumentar el patrimonio de la misma, que a fin de cuentas es la garantía de la perpetración en el tiempo de la fundación³.

En tercer lugar, la ley establece que el patrimonio de la fundación queda afecto a la realización del fin fundacional. Es decir, la afectación se debe realizar «de modo duradero», lo que es necesario interpretar ligando siempre patrimonio y fundación. El ejemplo más claro de la afección del patrimonio al fin, es que incluso tras la disolución de la fundación, el patrimonio se destinará a otras fundaciones de fin similar, por lo que podemos decir que el patrimonio sigue ligado al mismo fin fundacional para el que fue dotado, incluso disuelta la fundación⁴.

Por último, el legislador nos recuerda que la finalidad de la fundación debe ser de interés general. El artículo 34 de la Constitución hace referencia al interés general, que se ha entendido tradicionalmente como la generación por parte de la fundación, sustancial o predominantemente, de externalidades positivas. Es decir, cuando genera beneficios a personas ajenas a las directamente relacionadas con el esfuerzo desplegado en la consecución de dichas ganancias. Por tanto, se considera que el fin de la fundación es de interés general cuando los beneficios que genera la misma se revierten en terceros ajenos a la fundación. Se considera que el interés general es el razonablemente común a los miembros de una sociedad democrática.

El hecho de que se mencione en la Constitución el derecho de fundación, viene a recordarnos que los padres constituyentes quisieron otorgar a este tipo de organizaciones una especial protección legal. En primer lugar debemos tener en cuenta que la simple mención del derecho de fundación en la Constitución, eleva a las fun-

1. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones Aranzadi* (2003) pp. 49-51.
2. VERDERA SERVER, R., en «Artículo 2. Concepto» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones Tirant lo Blanch* (2008), p. 95.
3. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios... Aranzadi* (2003) p. 51.
4. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios... Aranzadi* (2003) pp. 52 y 53.

daciones a instituciones con garantías institucionales, lo que asegura, más allá de su reconocimiento nominal o puramente abstracto en el ordenamiento jurídico, que los poderes públicos garanticen este derecho en términos jurídicamente reconocibles⁵. Además tampoco se puede pasar por alto el lugar que ocupa el derecho de fundación dentro de la Constitución. Se encuentra recogido en la Sección Segunda, «De los derechos y deberes de los ciudadanos», del Capítulo Segundo relativo a los «Derechos y libertades», dentro del Título I «De los derechos y deberes fundamentales», esta posición envidiable dentro del texto constitucional supone la prohibición de regulación posterior de este derecho en norma inferior a ley, es decir, la posición del derecho de fundaciones dentro de la Constitución le otorga una reserva de ley en virtud del artículo 53.1, ordinaria, pero de ley.

B) Diferencias principales sobre el concepto de sociedad mercantil

La principal diferencia a remarcar, es la finalidad de las diferentes organizaciones, mientras que las sociedades sí que tienen fines lucrativos, en las fundaciones en ningún momento puede darse ánimo de lucro. Esto pasa tanto con las fundaciones como con cualquier otra organización del «tercer sector» como pueden ser las asociaciones. En este sentido, es buena prueba lo que dispone el artículo 116 del Código de Comercio, que considera el ánimo de lucro como un elemento esencial del negocio de constitución de una sociedad mercantil. Esto ha servido para separar a los empresarios mercantiles organizados en forma de sociedad, de otros sujetos de Derecho en los que se presupone la ausencia de ánimo de lucro⁶. Sin embargo, aquello que diferencia en mayor medida a ambas es el destino de los bienes que se aportan.

En un primer momento, debemos tener en cuenta que en la sociedad mercantil los socios aportan capital, pero a cambio reciben una parte alícuota de este en acciones, por lo que siguen siendo los propietarios de dichas organizaciones. En ningún momento, por tanto, se desprenden del patrimonio, sino que este patrimonio para ellos cambia de forma (se convierte en acciones o participaciones de la sociedad). Tanto en una asociación como en una sociedad, aunque la asociación se constituye sin finalidad lucrativa, los socios son titulares de una parte alícuota del patrimonio o del capital denominado social. En ambos casos la entidad puede ser extinguida libremente por el acuerdo de los socios en este sentido.

Sin embargo, en las fundaciones la dotación inicial es una cantidad aportada por los fundadores, que sale de sus patrimonios de forma definitiva y queda sujeta a esta entidad sin que exista posibilidad de poder recuperarlo. En este sentido es necesario hacer hincapié en la salida de los bienes del patrimonio del fundador para pasar a formar parte del patrimonio de la fundación. Mientras en el resto de figuras aquellos que realizan la aportación son los «propietarios», o como mínimo siguen siendo los

5. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de Fundación» en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel (2005), p. 14.

6. EMBID 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)», en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda* (2003) núm. 7, p. 81.

responsables de ese patrimonio, en el caso de las fundaciones, no existe la figura de un propietario, ni tan siquiera la posibilidad de restituir esa cantidad de nuevo al patrimonio del fundador. En palabras de Capilla Roncero, el acto dotacional es un *acto de disposición, consistente en la destinación de los bienes al fin, que jurídicamente comporta la transmisión de los bienes a la persona jurídica fundacional, que deviene propietaria de ellos una vez constituida. Es también un acto gratuito, que supone un desplazamiento patrimonial unilateral sin contraprestación*⁷.

Trasladándonos al mundo real, la figura jurídica de la fundación, en muchos casos, es la que se encuentra detrás de lo que se conocen como las ONGs, es decir, las organizaciones sin ánimo de lucro. Esto sucede porque el derecho no prevé una figura jurídica específica para el concepto que ahora tenemos de estas entidades, por lo que, los conceptos que sí que provee el derecho y que se adaptan muy bien al concepto de ONG, son, tanto la figura de las asociaciones, como la figura de las fundaciones. Además, la figura de la fundación ha experimentado en estos últimos años un gran desarrollo en cuanto a número. Las ventajas fiscales que ofrece el modelo jurídico de las fundaciones, en mucho casos, permite que se estén llevando a cabo muchos programas de I+D, que de otra forma, no serían en ningún momento viables. Es decir, muchas de las grandes compañías, están trasladando el desarrollo del I+D a fundaciones que ellas mismas crean, para que, las pérdidas que en la mayoría de los casos genera este tipo de actividades de desarrollo no afecten de forma directa a la compañía. Además, como hemos mencionado, las ventajas fiscales que conlleva el negocio fundacional, hace que muchas compañías deriven sus actividades de investigación y desarrollo a fundaciones dotadas por ellos mismos para poder hacer viables estos estudios, que de otra forma, resultan un gran problema para las empresas, necesario, pero problema. La cara menos amable del gran desarrollo que han experimentado las fundaciones es que, las citadas ventajas fiscales han llevado a algunos ciudadanos a crear este tipo de entidades para aprovecharse de las mismas en fraude de las leyes fiscales. A pesar de esto, la gran actividad que llevan a cabo las fundaciones en España es totalmente indiscutible, ya que aunque ciertas fundaciones no tengan los fines que se suponen deben tener, la mayoría de ellas se vuelca en conseguir fines de interés general, que, a fin de cuentas, nos benefician a todos y hacen mejorar día a día nuestra sociedad.

C) Evolución hacia una mercantilización de la figura civil

La regulación por el ordenamiento jurídico de las fundaciones no se produce en el vacío o sin contacto alguno con el régimen normativo de organizaciones, que, aunque ajenas a su ámbito, el legislador parece querer acercar. Este, al formular las normas legales de las fundaciones «importa», en muchos casos, técnicas y figuras propias del campo de las sociedades mercantiles. De este modo, en aspectos relacionados con la constitución y estructura, o en referencia a la vertiente organizativa y de gestión, particularmente en los temas de responsabilidad civil de los patronos (como veremos más adelante), la similitud entre las normas es bastante destacada.

7. CAPILLA RONCERO, F., «Artículos 17 a 41 del Código Civil» en ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 3 Edersa (1993) p. 849.

En referencia a la estructura y organización de la fundación, es necesario tener en cuenta, tal y como hemos reseñado con anterioridad, que la propiedad del patrimonio que entra a formar parte de la fundación, es de la propia persona jurídica, no hay nadie detrás que sea el «dueño» de la fundación. Es decir, la ausencia de la figura del socio dentro de la organización de las fundaciones, establece que la organización de las mismas sea diferente a la de las sociedades de capital, ya que la propia esencia y naturaleza de la organización fundacional determina la imposibilidad de existencia de un órgano equiparable a la Junta General. En cambio, sí que existe un órgano para la gestión y representación de la fundación, que se encarga, tal y como dice la ley en su capítulo tercero, de «gobernar la fundación»⁸. En esta parte de la Ley de Fundaciones, se observan las influencias más destacadas del derecho de sociedades de capital. Debemos destacar que la mayor similitud se alcanza en cuanto a la responsabilidad de los patronos (tema central del estudio), que se tratará en mayor profundidad más adelante, sin embargo, existen otras muchas similitudes que trataremos a continuación, sin que por ello sean menos relevantes.

La Ley de Fundaciones parte de la base del principio de unidad orgánica en lo referente a la gestión y representación de la persona jurídica fundacional, esta unidad orgánica se da en la figura del patronato, que es el órgano encargado de llevar a cabo dichas tareas. Si bien es cierto que el patronato posee la competencia para llevar a cabo las tareas, no es estrictamente necesario que deba hacerlo en exclusiva, tal y como se señala en el artículo 16.1 de la Ley de Fundaciones:

1. Si los Estatutos no lo prohibieran, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. No son delegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado.

Aunque estas reseñas de ley puedan parecer que hacen que se «desconcentre» la gestión de la fundación, en tanto que se abre la posibilidad de constituir un nuevo órgano en el seno de la fundación, no es un órgano independiente. Al igual que en las sociedades de capital, los patronos delegados aunque se agrupen en una comisión al efecto y tengan ciertas facultades delegadas, siguen estando bajo la supervisión del patronato. Esto es, la desvinculación de la comisión delegada del patronato es esencialmente funcional, ya que dichos patronos se rigen por las mismas reglas que el resto, y están sometidos a la supervisión del patronato, tal y como sucede con las sociedades de capital, en las que el consejo *viene a constituirse en una instancia de supervisión, desplazándose a los consejeros delegados la tarea concreta de dirigir la sociedad*⁹.

En esta primera mirada hacia la legislación de las fundaciones, queda de reflejo la pérdida de la figura de la fundación como «masa patrimonial afecta a un fin concreto» entendiéndose esto como elemento esencial y natural de la fundación, para

8. Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

9. EMBID IRUJO, J.M., «Notas sobre el régimen jurídico...», en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 2003 núm. 7 pp. 91-92.

ir dando cada vez más importancia al elemento organizacional dentro de la misma. Esto se desprende de las similitudes más que casuales con el derecho de sociedades, ya que en este es donde se encuentra el mejor tratamiento legal en referencia a organizaciones. El legislador, en 2002, quiso acercar de cierta forma la buena organización de las sociedades a la figura jurídica de la fundación, en tanto que, por encima de todo, quería hacer primar el factor organizacional de la fundación como elemento esencial de la misma. En los siguientes epígrafes del trabajo, vamos a seguir examinando en profundidad estas similitudes, e igualmente analizaremos las implicaciones que conlleva en cuanto a la figura de las fundaciones.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FIGURA DEL PATRONATO

A) El patronato como órgano de gobierno

Desde el momento de la inscripción en el Registro de Fundaciones, la figura fundacional adquiere una identidad, un domicilio, una denominación, un patrimonio, y también un órgano mediante el cual pueda comenzar a operar como un sujeto de derechos y obligaciones. Tal y como hemos comentado anteriormente, la organización de la fundación es esencial para el legislador, y es por esto que la figura del patronato es muy importante dentro de la estructura fundacional.

En primer lugar, las decisiones que se toman dentro de una persona jurídica, al final, están determinadas por la diferentes personas físicas que integran sus órganos de gobierno, estas personas *actúan de una forma característica, integrando o configurando órganos cuya actividad se imputa a la persona jurídica y cuya voluntad, cuando actúan en el ámbito de sus competencias, vincula a la misma*¹⁰. Es decir, el patronato es el órgano de gobierno y representación de la fundación, y esto implica que quien la dirige y quien finalmente da voz a la fundación son los patronos.

Debemos tener en cuenta el hecho de que la fundación, «no es de nadie» sino que es de sí misma, y es en esto donde radica la diferencia con el resto de organizaciones. DE CASTRO hace la distinción entre la persona de tipo asociación y la persona fundacional en relación a su distinta organización, *se tiene en cuenta que el sustrato social de la primera está constituido por un grupo de personas y el de la segunda se encuentra en un patrimonio separado*¹¹. Esta es la razón principal por la cual no es posible que exista una pluralidad de órganos dentro de la organización de la fundación, puesto que, como hemos mencionado anteriormente, no existe un grupo de personas detrás de la fundación, sino que es un patrimonio destinado a un fin. Por esta razón no es posible que haya un órgano de tipo «junta de socios», ya que no existe la figura del socio de la fundación, en tanto que detrás del patrimonio de la fundación no hay nadie salvo la propia fundación. Estas afirmaciones por tanto, nos llevan a conclusión, de que la figura del patronato asume las funciones tanto del órgano de administración como de la junta de socios, por lo que podemos concluir que el patronato aglutina las tareas que, en el resto de organizaciones, se reparten entre sus distintos órganos sociales.

10. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2003), p. 128.

11. DE CASTRO Y BRAVO, F., en *La persona jurídica*, Civitas (1984) p. 274.

A continuación detallaremos las funciones principales desempeñadas por el patronato, que, como podemos vislumbrar, son vitales para el buen desarrollo del fin fundacional, por lo que es posible afirmar que quienes forman parte del patronato asumen unos deberes y obligaciones de gran importancia. Es tanta la relevancia de dichas tareas que se les aplica un régimen de responsabilidad especial establecido en la propia ley, en el caso de que en el incumplimiento de estos deberes y obligaciones se causen daños a la fundación.

Cuando hablamos de las labores de gestión y administración de las personas jurídicas en general, podemos decir que existen dos grandes sectores de actividad, el de administración y gestión en sentido estricto y el de la representación de dicha persona jurídica. Además, junto con estas funciones principales, puede considerarse que existe una función de organización corporativa, que en las sociedades mercantiles pertenece a la junta de socios, pero que en el caso de las fundaciones, es tarea del patronato¹².

En primer lugar, vamos a desglosar la figura de las funciones de organización corporativa. Es necesario tener presente la ausencia en las fundaciones de un sustituto personal, por lo que, tal y como hemos argumentado anteriormente, sólo existe el patronato como órgano de gestión y organización dentro de las fundaciones. Al no haber nadie detrás del patrimonio de la fundación, nadie tiene un interés agravado por participar en las decisiones de gran calado, ya que nadie está «arriesgando» su patrimonio. Al perseguirse fines de interés general, quien tiene interés en supervisar, es un órgano de control externo, el protectorado, cuya misión es vigilar que se están llevando a cabo los fines fundaciones por parte del patronato. Por tanto, indirectamente, quien tiene que tomar las decisiones corporativas de la fundación es el patronato, decisiones tales como la modificación de estatutos o las modificaciones estructurales que permite la ley.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta la segunda gran división dentro de las funciones del patronato de la fundación, es decir, la administración y disposición del patrimonio fundacional.

En virtud del segundo apartado del artículo 14 de la Ley de Fundaciones, los patronos se obligan a título individual a llevar a cabo los fines fundacionales, administrando con diligencia el patrimonio de la fundación. En este sentido, debemos tener en cuenta que la administración de los bienes de la fundación no depende en exclusiva del patronato, si no que en parte es una actividad regulada¹³. Se considera de esta forma, ya que la Ley de Fundaciones, en su artículo 19.2 establece que la administración debe ir orientada al cumplimiento de los fines fundacionales y además debe respetar lo establecido en la ley y en los estatutos.

El artículo 14.2 viene a moderar lo dispuesto en el artículo 19, ya que, si bien es cierto que la causa del negocio fundacional modaliza el ejercicio de las facultades de administración, en tanto que queda excluido el fin lucrativo, la facultad u obligación

12. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 14» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch (2008) p. 362.

13. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 14» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 364.

de los patronos de administrar debe venir informada por los principios de economicidad de la gestión y equilibrio financiero¹⁴.

Es decir, la búsqueda del fin fundacional no puede suponer el deterioro o la pérdida del patrimonio de la fundación, por tanto, la Ley establece la posibilidad de que la fundación pueda llevar a cabo actividades empresariales relacionadas con el desarrollo de los fines fundaciones, e incluso se permite la inversión en sociedades mercantiles, siempre y cuando no quede vinculada la responsabilidad personal de la fundación a las deudas de la sociedad¹⁵. De este modo, la ley toma precauciones para evitar que se lesione de forma irreversible el patrimonio fundacional. En todo caso, los rendimientos de todas estas operaciones deberán destinarse a los fines fundacionales y a la dotación en las proporciones y plazos establecidos en artículo 27 de la propia ley¹⁶.

Por último, la tercera gran división dentro de las funciones del patronato es la representación de la fundación. Debemos partir de la base de que *la representación es la relación jurídica en virtud de la cual la voluntad de una persona, el representante, produce efectos en la esfera personal o patrimonial de otra, el representado. Por tanto, la facultad de representar que ostenta el patronato se proyecta en la vertiente externa de la fundación, es decir, en la actuación de la misma en sus relaciones de tipo negocial con terceros o ante los Tribunales*¹⁷.

Es necesario en este punto, traer a colación el hecho de que la ley configura el órgano del patronato como un órgano colegiado, en tanto que obliga a que se componga como mínimo de tres integrantes. Las actuaciones que llevan a cabo los patronos, son finalmente las que realiza la fundación, por lo que éstas, en principio, deberán abarcar todos aquellos actos y negocios necesarios para el buen desarrollo de la misma.

La Ley de Fundaciones establece en el art. 21.1, que los actos de disposición sobre los bienes que se consideran dotacionales o directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales *requerirán la previa autorización del protectorado*, aunque la ley no se pronuncia sobre las consecuencias de contravenir este artículo, el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, de 11 de Noviembre de 2005, aprobado por el Real Decreto 1337/2005, que lleva a cabo el desarrollo de la Ley de Fundaciones, sí que da ciertas pinceladas de dichas consecuencias. El reglamento establece, en su artículo 20, que el protectorado podrá dar una autorización anual para la enajenación de valores cotizados cuando estos forman parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, pero en el caso de que las enajenaciones se encuentren por debajo del valor de

14. En este sentido, SALELLES CLIMENT, J.R., y VERDERA SERVER, R., en *El patronato de la Fundación*, Aranzadi (1997) p. 82.

15. El artículo 24.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones establece *Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca*.

16. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 14», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 366.

17. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 14», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 367.

compra, el protectorado podrá revocar la autorización en los siguientes términos: *el patronato comunicará trimestralmente al protectorado las enajenaciones efectuadas, el cual podrá revocar la autorización cuando estas sean lesivas para los intereses de la fundación, sin perjuicio de la eficacia de las operaciones ya efectuadas.*

La interpretación de este artículo nos llevaría a la conclusión, de que, aquellas que se celebren antes de la revocación, sí que son válidas, pero el problema surgiría tras la revocación de la autorización del protectorado. Si los patronos realizan un acto jurídico para el cuál no tienen capacidad de representación suficiente, este acto no podrá dotarse de plena eficacia jurídica, en tanto que es necesaria la autorización del protectorado. Por tanto, en los casos en los que la autorización sea preceptiva, esta es necesaria para la plena validez del acto o negocio jurídico. De todo esto, como se puede comprobar, se derivaría un grave trastorno para la seguridad del tráfico jurídico y una gran merma para el principio de protección de los terceros que celebran negocios jurídicos con la fundación, ya que en último término, de este artículo podría derivarse que son los propios terceros quienes tienen la carga de deber conocer qué actos están sometidos a autorización¹⁸.

Sin embargo, el artículo 21.2 del reglamento viene a matizar lo anterior, y en todo caso, a proteger el tráfico jurídico y a los terceros estableciendo que *el protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la procedencia de subsanar el defecto, y autorizará a posteriori el negocio efectuado, sin perjuicio de la posibilidad de entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o de solicitar a la autoridad judicial su destitución.*

Para cerrar el tema de la representación de la fundación, debemos tener en cuenta que el patronato cuenta con la capacidad para representarla, pero en ciertos casos es necesaria la intervención de la figura del protectorado para complementar su capacidad de representación.

B) El protectorado y su relación con el patronato

La figura del protectorado, es indispensable para el desarrollo de la vida de la fundación. Como hemos mencionado, en ciertas ocasiones, para que los actos que se llevan a cabo por el patronato tengan plenos efectos, es necesaria la autorización, o al menos la comunicación posterior del negocio jurídico concreto al protectorado. Llegados aquí, es necesario preguntarse qué implica la figura del protectorado dentro de la organización de las fundaciones. En primer lugar, es necesario traer a colación el hecho de que nadie se encuentra detrás del patrimonio de la fundación, más que la propia fundación, por lo que no hay nadie que «vele por su propiedad», es decir, como nadie es propietario del patrimonio, no existe nadie que atienda de forma exhaustiva los intereses del patrimonio afecto al fin. En este sentido, como ese patrimonio está destinado a cumplir unos intereses generales para la sociedad, deberá, por tanto, ser la Administración del Estado quien se haga cargo de velar por los intereses de la fundación. Es en este punto en el que nace la figura del protec-

18. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 14» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 382.

torado, que surge, como hemos dicho, *de la necesidad de una especial atención a cargo del Estado para asegurar que, en todo caso, esos fines de interés común queridos por el fundador se cumplen adecuadamente, es decir, para conseguir que se cumpla la voluntad del fundador en beneficio de colectividades genéricas o del interés general*¹⁹.

La Ley de Fundaciones, en su artículo 34, establece *El protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de la fundación*, por tanto, tal y como se desprende del artículo, el protectorado acompaña a la fundación en todas las etapas de su desarrollo. La posición del protectorado, es principalmente de vigilancia. Las relaciones entre el patronato y el protectorado son más flexibles, en virtud del principio de mínima intervención, en comparación a la anterior Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. La mayoría de las actuaciones que antes requerían de autorización previa del protectorado, pasan a ser simples comunicaciones a posteriori del acto realizado en la ley de 2002. Por tanto, supone una flexibilización de las relaciones, pero no implica en ningún caso una menor tutela del protectorado hacia la fundación, ya que, al estar informado de los actos que se realizan, en su caso podrá impugnarlos o exigir la responsabilidad de los patronos ante los tribunales si se derivan daños y perjuicios²⁰.

El artículo 35.1 de la Ley de Fundaciones, establece una serie de funciones que debe llevar a cabo el protectorado, eso sí, sin perjuicio de las diferentes concordancias y remisiones de otros artículos de la ley. El citado precepto establece nueve funciones, incluyéndose en ellas una última cláusula genérica *cuantas otras funciones se establezcan en esta u otras leyes*, por lo que estamos ante una lista de funciones claramente considerable *numerus apertus*, puesto que estas nueve funciones no son todas aquellas que deberán realizarse por el protectorado. Para el caso que nos concierne, creemos necesario hacer mención especial de dos de estas funciones.

En primer lugar, vamos a comentar la función fijada en la letra e) del artículo 35.1 de la Ley de Fundaciones que establece que una de las funciones del protectorado será *velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general*. Del hecho de que los fines fundacionales deben ser de interés general, se deriva que su consecución interesa no sólo al fundador o a la propia fundación, sino también a la Administración Pública, en tanto que revierten en beneficios para la generalidad de la sociedad. Este precepto exige no sólo el respeto a la voluntad del fundador, sino que este respeto además se equilibre en todo momento con la consecución del fin para el que se destinó el patrimonio. Al final, debemos tener en cuenta que quien se encarga de la gestión para la consecución del fin fundacional es el patronato, por lo que este precepto, a fin de cuentas, viene a redundar en la función de vigilancia que el protectorado ejerce sobre el patronato. Esta función de vigilancia, se complementa

19. CABRA DE LUNA, M.A., y DE LORENZO GARCÍA, R., en «El protectorado», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005), p. 494.

20. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2003), p. 268.

con la posibilidad de exigir responsabilidad a los patronos por los actos que lleven a cabo en perjuicio de la fundación²¹.

En segundo lugar, es interesante en nuestro caso, comentar la función establecida en la letra f) del artículo 35.1 *verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria...* Esta función es una consecuencia básica de la que hemos comentado anteriormente, que queda en relación con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley, que establece que los recursos deberán aplicarse a la realización de los fines fundacionales. El protectorado lleva a cabo esta función a través de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Fundaciones, en el que, por ejemplo se obliga al patronato a presentar las cuentas anuales acompañadas en los casos que proceda del informe de auditoría al protectorado, para que este examine su adecuación formal a la normativa y las deposite finalmente en el Registro de Fundaciones. Ese mismo artículo, obliga al patronato a elaborar y remitir al protectorado en los meses finales del ejercicio, un plan de actuación en el que se detallan los objetivos y actividades que se prevén para el ejercicio siguiente.

Es necesario hacer mención a la existencia de diferentes protectorados, por un parte el estatal, y por otra parte los protectorados de las diferentes comunidades autónomas. Dependiendo de dónde realicen las fundaciones principalmente sus actividades, el protectorado corresponderá ejercerlo a la Administración General del Estado, a través del protectorado único del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, si desarrolla su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma; o a las distintas Comunidades Autónomas, si se ciñe a una sola. Por tanto, en las comunidades en las que existen leyes de fundaciones de carácter autonómico, será necesario ver si esta ley determina algún otro requisito en las relaciones entre el patronato y el protectorado de esa comunidad autónoma determinada, para evitar que se incurra en responsabilidad por incumplimiento de las relaciones y obligaciones del patronato para con el protectorado.

Como conclusión, es necesario afirmar que la figura del protectorado es el control que establece la Administración para velar por el cumplimiento de los intereses generales a los que se destinó el patrimonio. Para ello, el protectorado cuenta con una gran cantidad de información que el patronato debe facilitarle en virtud de lo establecido en la normativa de fundaciones. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, el protectorado no podría ejercer una verdadera función de control si no tuviese a su disposición mecanismos para poder impugnar los acuerdos del patronato o incluso exigir responsabilidad a los patronos en caso de no llevar a cabo sus tareas como es debido. La ley provee al protectorado de estos mecanismos en su artículo 35.2, como ya analizaremos más adelante.

IV. EJERCICIO DEL CARGO DE PATRONO

El apartado primero del artículo 17 de la Ley de Fundaciones establece:

21. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2003), p. 268.

Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

En relación a la redacción del artículo 17, podemos decir que es donde encontramos un mayor influjo de la legislación de las sociedades de capital. Esta redacción nos trae a la memoria la redacción de la Ley de Sociedades de Capital, que también hace referencia a que los administradores deberán desempeñar su cargo con la *diligencia de un ordenado empresario*²² y con la *lealtad de un fiel representante*²³, por lo que llegados a este punto, es necesario abordar qué implica, en relación a la responsabilidad, tanto el deber de diligencia como el deber de lealtad.

La mimética redacción de ambas legislaciones permite y justifica, en varios aspectos, tomar en consideración la abundante y elaborada interpretación de los deberes y responsabilidad de los administradores llevada a cabo por la doctrina, aplicando de forma análoga los criterios establecidos por la doctrina en sede de sociedades para los puntos oscuros que nos deja la Ley de Fundaciones en su artículo 17. En este punto es necesario declarar que aunque ambas figuras se igualen en muchos puntos, siguen existiendo rasgos diferenciales que *deben influir a la hora de atenuar la responsabilidad del patrono, especialmente el hecho de que su cargo sea esencialmente gratuito, frente al carácter remunerado del cargo de administrador*²⁴. Aunque este tema se irá tratando a lo largo del análisis que vamos a realizar.

A) Deber de diligencia

En primer lugar, vamos a estudiar más profundamente qué implica el deber de diligencia de los patronos en la fundación.

Al igual que en sede de sociedades, el criterio de diligencia hace referencia a un canon o criterio esencial de conducta relativo al cumplimiento de un nivel de diligencia básico para un representante leal. La doctrina reitera que es necesario relacionar el deber de diligencia a las obligaciones de medios, y no a las de resultado. Esto implica, que la responsabilidad no puede establecerse solamente en virtud del daño causado en el patrimonio, 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. Así las cosas, es necesario tener en cuenta, en virtud de que nos encontramos ante obligaciones de medios, que en todas las decisiones que tomen tanto patronos como administradores, han de afrontar decisiones que conllevan cierto riesgo, por lo que cualquiera, aun siendo el más prudente y responsable, está expuesto al riesgo de equivocarse a la hora de tomar decisiones vinculadas a la gestión²⁵.

Los patronos, en el momento de la aceptación del cargo, se comprometen a llevar a cabo sus funciones, con la finalidad de conservar en todo momento el patrimonio

22. Artículo 225 de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

23. Artículo 227 de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

24. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch (2008) p. 427.

25. SÁNCHEZ CALERO, F. en *Los administradores...*, Aranzadi (2005) p. 167.

nio de la fundación, de la forma más adecuada para el desarrollo de los fines fundacionales. Es decir, la responsabilidad se desencadena en el momento en el que la actuación de los patronos no se muestra conforme al nivel de diligencia exigido²⁶.

Tras tanta mención a la diligencia, debemos puntualizar cuál es el grado de diligencia que se exige a los patronos de las fundaciones. Llegados a este punto, es importante tener en cuenta, que la vaguedad en la redacción del apartado primero tiene un sentido, aunque no lo parezca, eminentemente práctico. Esta fórmula permite, una aplicación elástica a las exigencias específicas de cada entidad, ya que la estipulación del modelo de la diligencia exigida debe referirse a la actividad propia y concreta de cada entidad. *La adecuación del modelo abstracto de diligencia de los administradores referido a la concreta actividad del sujeto, se traduce en una rigurosa valoración de la diligencia necesaria*²⁷.

En las leyes mercantiles, se impone a los administradores el deber de actuar con la *diligencia de un ordenado empresario*. En el caso de fundaciones, es improbable que se pueda extender el concepto del ordenado empresario debido a sus fines benéfico-sociales, aunque no es posible excluirlo de forma total. En virtud del artículo 24 de la Ley de Fundaciones, es posible que éstas realicen ciertas actividades económicas, por lo que el cargo de patrono en este caso, se asemeja aún más si cabe al de administrador de sociedad mercantil, pudiendo incluso en estos casos llegar a ser retribuido por las funciones que ejerce.

El tema de la retribución viene a incidir de manera directa en la responsabilidad, ya que el artículo 1726 del Código Civil establece que *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*. Esto nos lleva, por tanto, a que existirán diferencias en la responsabilidad en virtud del tipo de fundación a la que pertenezca el patrono. La posibilidad que brinda el artículo 24 a las fundaciones, permite que en nuestro sistema actual podamos diferenciar entre dos grandes grupos de fundaciones, las que no realizan actividades económicas y las que sí que lo hacen.

En el caso de las primeras, suele llamárselas dotacionales, y se caracterizan por el hecho de que los rendimientos de la misma derivan exclusivamente de la dotación inicial y de las posteriores donaciones puntuales que reciban. En este tipo de fundaciones, la actuación del patronato es mucho más pasiva, ya que las actividades que realizan son menores y suelen reunirse solamente una vez al año, para aprobar las cuentas, la gestión y el presupuesto. A estos patronos, como podemos deducir, se les exigirá una diligencia menor, ya que sus funciones son menos importantes, y además, sus cargos no pueden ser en ningún momento remunerados²⁸.

Por otra parte encontramos las fundaciones que se califican como «empresariales», y en las que sí que se realizan actividades económicas. En éstas, el cargo

26. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 434.

27. SÁNCHEZ CALERO, F. en *Los administradores...*, Aranzadi (2005) p. 166.

28. 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», en *La Ley*, núm. 7640 (2011) p. 2.

de patrono implica una mayor dedicación, en tanto que la gestión de una actividad económica supone la toma de decisiones con más calado y por tanto, también se iguala la asunción de responsabilidades a las de los administradores de las sociedades de capital. Aunque, como vimos, el cargo de patrono no podía ser remunerado, en estos casos, sí que reciben remuneración por las actividades que realizan fuera de las funciones del cargo de patrono. Los patronos de las fundaciones «empresariales», ejercen su cargo de manera mucho más activa de lo que lo puede ejercer el patrono de una fundación dotacional, ya que el ejercicio del cargo de patrono en una fundación que lleva a cabo actividades mercantiles es mucho más ajetreado que en otro tipo de fundaciones, más reuniones del patronato, más tomas de decisiones... etc., por lo que en virtud del artículo 1726 del Código Civil, la exigencia de diligencia en estos casos se agudiza.

Por tanto, y como ya hemos mencionado, el deber de diligencia es necesario articularlo como un canon o criterio general de conducta, que al estar contemplado en la Ley de Fundaciones con tanta amplitud, es necesario modular en virtud del caso concreto que se presente. En estos casos, lo verdaderamente importante es ver, si en el desempeño del cargo y en la toma de decisiones el patrono está actuando de forma responsable, es decir se ha de hacer hincapié en el cuidado y esfuerzo que pone en la ejecución de sus obligaciones. Todo esto sin olvidar, que el deber de diligencia se encuadra dentro de las obligaciones de medios, por lo que siempre se asume cierto riesgo en las decisiones y operaciones de gestión, aunque es necesario puntualizar que no estamos ante una responsabilidad objetiva, si no que para que se derive responsabilidad de los actos de los patronos se necesita, además del daño, una conducta por debajo de la diligencia que habría tenido cualquier otro patrono en las mismas circunstancias. En palabras de SÁNCHEZ CALERO *La responsabilidad personal de los administradores no deriva simplemente de actos que sean lesivos para la sociedad, dado el riesgo empresarial, si no que la falta de diligencia dependerá de la concurrencia de otros elementos, como la necesaria información, el estudio de las alternativas a la eventual decisión y el alcance de su incidencia en los intereses sociales. Se trata por consiguiente, del establecimiento de determinados criterios genéricos, que no pueden medirse siguiendo el criterio de un hombre medio, sino del que desempeña una actividad profesional y dentro de ella de carácter empresarial*²⁹.

B) Deber de lealtad

De la propia redacción del primer apartado del artículo 17, se desprende al igual que el deber de diligencia, el deber de lealtad a la fundación, mediante la fórmula del *representante leal*. Esto pone de manifiesto la importancia del patrono como gestor de intereses ajenos. Es decir, entre la fundación y el patrono se desprende una relación fiduciaria, más concretamente en el ámbito de la representación de la fundación, entendiéndose como las actuaciones de los patronos que posteriormente derivan en obligaciones para la fundación. La aceptación de esta posición de representación, obliga a anteponer el interés del representado a los intereses del repre-

29. SÁNCHEZ CALERO, F. en *Los administradores...*, Aranzadi (2005) p. 169.

sentante. En la legislación societaria, encontramos en la misma posición a los administradores, ya que *el administrador tiene la obligación de desempeñar su cargo de acuerdo con el modelo de conducta del «fiel representante», en virtud del cual ha de anteponer en toda circunstancia los intereses del principal a los suyos propios*³⁰. En este sentido, es necesario clarificar, por tanto, que un fiduciario es aquel que actúa en el lugar del otro. En palabras del profesor ALFARO, de esta relación de lealtad se derivan dos reglas esenciales *no conflict, no profit*, es decir, aquella persona que esté actuando en nombre de otro deberá evitar buscar su propio beneficio para que no surjan conflictos entre representante y representado. Los representantes, en todo caso, deben anteponer el beneficio de sus representados, por lo que en ningún caso deben obtener beneficio alguno, ni para sí, ni para ningún allegado a ellos, del ejercicio del cargo de representante.

Llegados a este punto, es necesario tener en cuenta que cada vez más se está haciendo hincapié en las responsabilidades que se derivan del deber de lealtad. Tradicionalmente en nuestra legislación, la regulación del deber de lealtad era muy general, sin entrar en detalles específicos, en una normativa que se ha dedicado fundamentalmente a regular otros aspectos dentro de las sociedades. Pero la reciente reforma en 2014 de la Ley de Sociedades de Capital, ha venido a reforzar las exigencias que se derivan del deber de lealtad por encima de aquellas que implica el deber de diligencia. El régimen de responsabilidad de los administradores ha cambiado, y ahora tiene en su punto de mira el tratamiento de la deslealtad, mucho más severo que el tratamiento de la diligencia debida, que a fin de cuentas es un acto que se ha llevado a cabo sin la debida diligencia y que ha causado un daño, pero en el caso de la lealtad, nos encontramos ante casos en los que el representante de la entidad, superpone su propio interés al interés social³¹.

El nuevo artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece que *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*. En los casos en los que se pretende aplicar una disciplina concreta a una actividad enormemente discrecional, es bastante útil acudir al lenguaje moral, ya que por su naturaleza más abierta, implica una invitación a aquellas personas que aplican el derecho a abandonar, en mayor medida, el formalismo. La redacción del artículo anima, de alguna forma, al juez a efectuar un juicio más moral que formal de la conducta a analizar, con lo que se consigue una mejor aplicación de la obligación de lealtad del administrador³².

Debemos tener en cuenta que, el deber de lealtad, en la práctica se traduce en la actuación leal o no del representante ante un conflicto de interés. Es por esto que, en las próximas líneas, vamos a analizar el tratamiento de la figura del conflicto de interés en las fundaciones y el subtipo de conflicto que puede suponer la autocontratación.

30. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Juega por mí»: *Los deberes de lealtad de los administradores*, publicado en www.almacendederecho.org el día 10 de marzo de 2016.

31. PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 2015, núm. 39 p. 48.

32. PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, núm. 39 p. 49.

a) *La figura del conflicto de interés en las fundaciones*

El concepto del conflicto de interés, en relación al deber de lealtad, es un tema, que aunque parezca muy claro, en bastantes ocasiones se encuentra demasiado difuso, y en sede de fundaciones aún más, como ya veremos más adelante. Por tanto, es importante, antes de entrar de lleno en el tema, hacer una breve reflexión de lo que se entiende como conflicto de interés. Una buena definición del conflicto de interés en general puede ser:

Una situación objetiva u objetivable entre una entidad y los miembros de sus órganos de gobierno y dirección (o determinados terceros vinculados a estos), en la que, dada la especial posición de las partes, la normativa de aplicación (legal o reglamentaria) entiende que existe una contraposición de intereses y exige que para la situación de que se trate despliegue sus normales efectos jurídicos, el cumplimiento de determinados requisitos formales; no exigiendo que se dé beneficio ni el correlativo perjuicio entre la partes, ni una actuación intencionada de causar un quebranto³³.

Esta definición, nos lleva a la conclusión de que a fin de cuentas, el conflicto de interés es una situación, que no es ilícita per se, sino que, dependiendo de la reacción que se tenga ante la misma, es cuando puede o no derivarse cierta responsabilidad del patrono. Por tanto, es necesario tener en mente que en todas las entidades, ya sean públicas o privadas, se producen conflictos de intereses, pero que la función principal no es evitarlos a toda costa, si no intentar gestionarlos de la mejor manera posible.

Una vez situado de manera general el concepto del conflicto de intereses, es necesario acercarnos más a la definición legal de conflicto de interés, pero es difícil puesto que no existe una definición general. La legislación da diferentes definiciones en virtud del sector al que se refiera, y en fundaciones no hace mención ninguna al mismo. Por tanto no es posible dar una primera definición, sino que es necesario ir analizando cómo podría tratarse este tipo de situaciones en sede fundacional. Si bien es cierto, sí que queda regulada la autocontratación en la Ley de Fundaciones, pero aunque sean términos estrechamente relacionados, no es posible igualarlos, por lo que veremos si es posible aplicar lo dispuesto en la ley para autocontratación en todos los demás casos de conflictos de interés.

b) *La autocontratación en la Ley 50/2002*

Al igual que en conflicto de intereses, la autocontratación no se regula de forma general, sino que sólo se ve regulada en leyes específicas. Se entiende por autocontratación el fenómeno jurídico que tiene lugar cuando una persona que actúa tanto en interés propio como en interés de quien representa, realiza un negocio jurídico en el que se relacionan ambas partes y en el que ambas quedan obligadas³⁴.

33. FONT BOIX, M.J., y LLORENS MARTÍNEZ, E., en *Responsabilidad de los patronos por conflictos de intereses en las fundaciones*, Bosch (2015) p. 91.

34. LACRUZ BERDEJO, J.L.; LUNA SERRANO, A., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Elementos de Derecho Civil I, parte general del Derecho Civil (Volumen Tercero)* Bosch (1984) p. 332.

Como vemos, por tanto, la autocontratación es una de las circunstancias en las que los patronos se enfrentan a un conflicto de interés, y por lo tanto, al igual que este, no en todos los casos está prohibida o causa un perjuicio, si no que depende del caso concreto.

La Ley 50/2002, de Fundaciones, en su artículo 28, hace referencia a la autocontratación, y cómo esta debe ser tratada.

Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes del patrono.

Tal y como se desprende del artículo, no se prohíbe la autocontratación, si no que el legislador permite que esta se dé, pero siempre y cuando el protectorado, que es el órgano que en última instancia vela por la buena gestión para alcanzar los fines fundacionales, dé su aprobación. El legislador en este, caso, para salvaguardar el interés del patrimonio, establece la autorización del órgano superior como medio para salvar el peligro que supone la autocontratación. En este sentido, es necesario también tener en cuenta, que para poder presentar la autorización al protectorado, es necesario que el resto del patronato quede igualmente informado de la operación. Por tanto, el mecanismo que establece la ley es el de informar a todos de la operación, y si nadie cree que esta sea algo irregular, acepta que se pueda dar la figura de la autocontratación, puesto que como hemos dicho, per se no es ilícita.

El artículo 28 de la Ley de Fundaciones, se encuentra desarrollado por el artículo 34 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, que establece la documentación que debe acompañar a la solicitud de autorización para autocontratar al protectorado³⁵.

Llegados a este punto, es necesario remarcar que el sujeto de la relación en la que se enmarca la autocontratación sólo puede ser el patrono de la fundación, ya actúe en nombre propio o por cuenta de tercero. Aunque la ley incluya el supuesto de los

35. Artículo 34 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal. 1. *La solicitud de autorización para que los patronos sean remunerados o contraten con la fundación, por sí o por medio de representante, a que se refieren los artículos 15.4 y 28 de la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones, será cursada al protectorado por el patronato y habrá de ir acompañada de la siguiente documentación:*

- a) *Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la fundación.*
 - b) *Certificación del acuerdo del patronato por el que se decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la fundación.*
 - c) *Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono.*
2. *El protectorado resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, entendiéndose estimada la solicitud, si transcurrido dicho plazo, no hubiese recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada.*
3. *El protectorado denegará en todo caso la autorización en los siguientes casos:*
- a) *Cuando el negocio jurídico encumbra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono.*
 - b) *Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado.*
4. *También deberá el patronato solicitar autorización del protectorado, en los términos establecidos en los apartados anteriores, para designar como patrono a una persona, natural o jurídica, que mantenga un contrato en vigor con la fundación.*

representantes que actúen por nombre y cuenta del patrono, sólo lo limita a las personas físicas, por lo que se presenta el problema de qué pasa en los casos en los cuales quien contrata es una persona jurídica en representación del patrono, o es su cónyuge, descendiente, ascendiente o cualquier otra persona relacionada con el mismo.

Al no hacer referencia la ley a los supuestos mencionados, el cauce que habrá que seguir en estos casos será a través del «incumplimiento de la diligencia de un representante leal» dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Fundaciones. Esto implica, por tanto, que las fundaciones, se vean muy desprotegidas ante los posibles casos de abuso del cargo que puedan realizar los patronos frente a los intereses de la fundación. Es decir, si desde un principio no existe un control estricto de dichas conductas, poder probar a posteriori una falta de diligencia es mucho más complicado, por lo que en este sentido, se hace visible una gran desprotección al patrimonio de la fundación.

Por tanto, y en conclusión, la figura del conflicto de intereses debería regularse de manera más detallada en el caso de las fundaciones, ya que al igual que en las sociedades, debemos tener en cuenta que estas situaciones es probable que se produzcan. Para evitar que la situación derive en un daño para la fundación, es necesario establecer un criterio más específico para regular este problema. Hemos visto, que en fundaciones se trata de manera profunda el tema de la autocontratación, por lo que de igual forma, o incluso de forma más estricta debería tratarse el tema en general del conflicto. Si bien es cierto que la autocontratación es una forma de conflicto, existen muchas otras y en este sentido, la Ley de Fundaciones, como hemos visto no establece nada al respecto, por lo que los intereses de la fundación en estos casos se ven desprotegidos.

V. RESPONSABILIDAD DEL PATRONATO

Siguiendo con el análisis del artículo 17 de la Ley de Fundaciones, encontramos su apartado segundo, en el que hace referencia a la responsabilidad del órgano de la fundación, en qué casos concretos se incurriría en responsabilidad, y también las causas de exoneración de la misma. Dice así el citado apartado:

Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él.

Por tanto, y siguiendo el esquema del apartado descrito, en primer lugar vamos a analizar el tipo de responsabilidad con que responde el patronato.

A) Tipo de responsabilidad del órgano

En la Ley 50/2002, de Fundaciones, como se desprende de la redacción de su artículo 17.2, se establece un régimen de responsabilidad solidaria entre sus patro-

nos, en el caso de que se causen daños a la fundación derivados de los actos lesivos de estos.

El legislador, en este sentido, ha querido igualar el régimen de responsabilidad de los patronos con el de los administradores de las sociedades de capital. Si bien es cierto que no en todos los casos los administradores responden de forma solidaria, sí que lo hacen cuando actúan dentro del consejo de administración y esta es la figura más próxima a la del patronato. En este punto, es necesario por tanto plantearse, a qué se refiere el legislador cuando establece que estos responderán solidariamente.

En primer lugar, debemos tener en cuenta, que el fundamento de la solidaridad se deriva de la idea de colegialidad, es decir, tal y como hemos especificado, no todos los administradores de las sociedades responden de forma solidaria, ya que no todos actúan de forma colegiada. Tal y como se desprende de los artículos 14 y 15 de la Ley de Fundaciones, el patronato es un órgano colegiado, en tanto que tiene que estar formado, al menos por tres miembros y además la adopción de acuerdos entre ellos es mediante mayorías. Por tanto, como defiende SÁNCHEZ CALERO, *la acción conjunta de los administradores crea entre ellos una vinculación que, en principio, no permite conocer a la sociedad, a los socios o a los terceros quiénes han sido los miembros del órgano conjunto o colegiado que han causado el acto lesivo y ni siquiera, quienes han participado en la conclusión de ese acto*³⁶.

De esa imposibilidad de conocer quiénes han actuado en el acuerdo o acto lesivo, se deriva este régimen de responsabilidad solidaria. Esto implica, por tanto, una presunción de responsabilidad de todos los sujetos que formen el órgano de administración, de la que podrán exonerarse en la forma prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones. 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 evitarlo³⁷.

En este sentido, es importante mencionar, que, al establecer en primer lugar la responsabilidad solidaria y posteriormente dar las pautas para exonerarse de la misma, el legislador lo que está imponiendo es una presunción de culpabilidad colectiva, de la que los patronos podrán exonerarse en determinadas circunstancias. Igualmente, se considera que esta presunción de solidaridad en la responsabilidad con la posterior posibilidad de exoneración, establece una inversión de la carga de la prueba de la responsabilidad, ya que al presumirse la culpabilidad, son los patronos quienes deben probar que no son responsables del hecho que haya perjudicado a la fundación³⁸. Tal y como queda de reflejo en las palabras de SÁNCHEZ CALERO,

36. SÁNCHEZ CALERO, F. en *Los administradores...*, Aranzadi (2005) p. 315.

37. SÁNCHEZ CALERO, F. en *Los administradores...*, Aranzadi (2005) p. 315.

38. En este sentido, MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 444. También EMBID IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., en *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005) p. 261 y reiterándose, EMBID IRUJO, J.M., «No-

el régimen de solidaridad, en principio impide que sea posible graduar la responsabilidad entre los diferentes patronos, en función de las circunstancias de cada uno como sería lo lógico en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1726 del Código Civil, que como ya hemos comentado anteriormente, establece que la responsabilidad deberá moderarse por los Tribunales en función del caso concreto.

MARIMÓN DURÁ y OLAVARRÍA IGLESIA defienden que *el régimen de responsabilidad impide que exista una graduación de la responsabilidad en función de las condiciones personales de cada uno de los administradores. La diligencia con la que deben desempeñar su cargo es para todos ellos igual, no pudiendo medirse por relación con las funciones atribuidas a cada cual en la distribución interna de las tareas relativas a la gestión*³⁹. Esta afirmación, puede llevar a pensar que, por el mero hecho de formar parte del patronato, se deriva responsabilidad por un daño que se haya causado. Sin embargo, es necesario tener en cuenta, tal y como defiende GONZÁLEZ CUETO, que la responsabilidad de los patronos dista de ser objetiva, puesto que para que esta se genere, es necesario que, además de que se haya producido un daño a la fundación, este daño se derive de una actuación negligente o contra ley o estatutos⁴⁰, por tanto, los patronos que hayan actuado de forma diligente y como establece la ley, aunque se produzca un daño, podrán exonerarse de la responsabilidad que se genere.

Como excepción de lo expuesto encontramos la figura del patrono delegado o con determinados apoderamientos. En estos casos, el régimen de solidaridad no actúa, en tanto que sí que se sabe quién ha realizado el acto, puesto que no ha sido votado por la mayoría de los patronos, sino que lo ha realizado uno en concreto. Es decir, partíamos de la base de que el legislador establece el régimen de responsabilidad en virtud de la idea de que el patronato, al actuar como un órgano colegiado, dificulta la posibilidad de discernir la responsabilidad de los diferentes patronos. En el caso del patrono delegado o apoderado, se produce una ruptura de del régimen de solidaridad, puesto que en estos casos es perfectamente posible el discernimiento de la responsabilidad de los patronos.

Por último, es necesario hacer mención a cómo se articula el régimen de responsabilidad solidaria de manera general. En virtud de lo dispuesto en materia civil, cada responsable solidario responde de la totalidad de la deuda indemnizatoria, por lo que quienes ejerciten la acción social de responsabilidad podrán dirigirse contra cualquiera de los patronos o contra todos ellos al mismo tiempo. Varios autores sostienen en este sentido, que la solidaridad supone una mayor garantía para el cobro de la reclamación por parte de la fundación⁴¹.

En cuanto a las relaciones internas entre los diferentes patronos que hayan respondido del daño, es necesario estar a lo previsto en el Código Civil, que en su ar-

tas sobre el régimen jurídico de las entidades...», en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda* (2003) núm. 7, p. 94.

39. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 444.

40. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2003) p. 152.

41. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2003) p. 151 y EMBID IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación» en MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005) p. 261.

título 1145 establece la acción de regreso para los deudores que han pagado contra sus codeudores, por la cantidad que corresponda a cada uno. Esta acción de regreso entre los deudores solidarios, se dirigirá normalmente, en el seno del patronato de la fundación, frente a aquellos miembros del patronato que, por tener funciones ejecutivas o por ser los promotores del acuerdo causante del daño, sean considerados los responsables finales del daño causado a la fundación⁴².

Como conclusión, el hecho de que el régimen de responsabilidad de los patronos sea solidario, implica en primer lugar, una mayor garantía de cobro a la fundación y en segundo lugar, establece la inversión de la carga de prueba al determinar que todos se consideran responsables, menos aquellos que puedan exonerarse en virtud de alguna de las causas establecidas en la ley, que seguidamente pasamos a comentar.

B) Exoneraciones de la responsabilidad

En la segunda frase del apartado 2 del artículo 17, encontramos las causas de exoneración de los patronos en los casos de responsabilidad. Se exige, como primer supuesto, que el patrono haya votado en contra del acuerdo. Por otra parte, el patrono que no haya asistido a la reunión del patronato en que se adoptó el acuerdo dañoso o perjudicial debe probar, si quiere quedar exento, no sólo que no intervino en su adopción o ejecución, sino también que desconocía su existencia, o que, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño⁴³. En este punto, es necesario volver a recalcar la identidad con lo dispuesto para las sociedades mercantiles, tal y como se desprende de la comparación con el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital.

De la redacción del artículo cabe entender que existen dos formas para lograr la exoneración. La primera, el voto en contra, que no parece producir mucha confusión, pero se entiende necesario un análisis más pormenorizado de la segunda vía de exoneración.

En este punto confluyen varios autores, y es que el desconocimiento, en sí mismo, no puede ser considerado una causa de exoneración, ya que esto sería una llamada a los patronos a desatender su obligación de asistir a las reuniones del patronato. Es decir, de la diligencia exigida a los patronos, se deduce como mínimo, un compromiso de participación en las funciones del patronato y un deber de información al respecto. Es por esto que el desconocimiento que exonera de responsabilidad no es posible que se fundamente en el incumplimiento de las obligaciones del patrono. Por lo tanto, para poder exonerarse de la responsabilidad, es necesario que el desconocimiento sea excusable, por lo que el patrono debe probar que su ausencia, es compatible con el nivel de diligencia que se le exige⁴⁴.

42. SÁNCHEZ CALERO, F. en *Los administradores...*, Aranzadi (2005) p. 316.

43. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2003) p. 151.

44. En este sentido EMBID IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, IUSTEL (2005) p. 262 y también MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 447.

En segundo lugar, la ley establece que en caso de que se conociese, es necesario que el patrono haya hecho todo lo posible por evitar que se lleve a cabo el acuerdo o el daño. La ley en este sentido sugiere, a través del tercer apartado del artículo 17 un camino consistente en el otorgamiento de legitimación activa a «*los patronos ausentes o disidentes en los términos del apartado 2*», para el ejercicio de la acción de responsabilidad. Para que el patrono pueda considerarse que ha hecho todo lo posible por evitar que se lleve a cabo el acuerdo lesivo, la ley le permite incluso poder ejercitar la acción de responsabilidad frente al resto de patronos⁴⁵. Si bien es cierto que la Ley ampara esa posibilidad, resulta una solución muy radical al problema, por lo que se entiende que esta es una de las vías posibles para evitar que se lleve a cabo el daño, pero, a diferencia de lo que afirma EMBID IRUJO, no tiene porqué ser la única. En relación a esto es necesario tener en cuenta, que el ejercicio de la acción de responsabilidad no es un acto preventivo del daño, si no que se produce a posteriori, lo que no se puede considerar, en nuestra opinión como un acto para evitar el daño.

Por último, y a modo de conclusión de todo lo analizado en el epígrafe, debemos señalar que, varios autores defienden que el hecho de establecer que los patronos responden de forma solidaria, supone una mayor garantía para la fundación, en tanto que mejora la posición de esta a la hora de hacer efectiva la indemnización por los daños y perjuicios causados⁴⁶. Además el hecho de la solidaridad de los patronos, de alguna manera los incentiva a preocuparse por los intereses fundacionales, alejándolos de la idea de permanecer ajenos a lo que pasa en el día a día de la fundación. El hecho de que el cargo no sea remunerado no debe implicar nunca una irresponsabilidad en el mismo, por lo que en palabras de GONZÁLEZ CUETO *no basta con ser y estar, sino que es preciso hacer*⁴⁷.

VI. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

A) Patronato, Protectorado y patronos disidentes o ausentes

El ejercicio de la acción de responsabilidad, es la parte del régimen de responsabilidad que más se aparta de lo dispuesto en sede de sociedades, debido, en gran parte a la singular naturaleza de la fundación, por la que no puede extenderse su ejercicio a socios ya que, como hemos repetido a lo largo de este análisis, la fundación no cuenta con la figura de una persona que posea el capital de la misma. Por otra parte, es necesario en este sentido destacar el hecho de que las fundaciones cuentan con el sometimiento a la tutela pública del protectorado, que en todo caso tiene la función de vigilar que se lleven a cabo los fines fundacionales de la mejor manera posible⁴⁸. El artículo 15.3 de la Ley de Fundaciones establece:

45. Interpretación de EMBID IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005) pp. 262-263.

46. En este sentido EMBID IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005) p. 260 y GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2005) p. 151.

47. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2005) p. 152.

48. EMBID IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación» en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005) p. 263.

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 sea patrono.*

Al igual que hemos ido haciendo a lo largo de este análisis, vamos a seguir la estructura propia del artículo para ir analizando cada una de sus estipulaciones.

Antes de comenzar con los sujetos legitimados, es interesante hacer referencia a que la ley establece que la acción se ejercitará en nombre de la fundación, lo que asimila esta acción, en parte, a la acción «social». Varios autores declaran en este sentido, que la acción de responsabilidad establecida en el artículo 17, podría tildarse de acción «fundacional» de responsabilidad⁴⁹, en tanto que la pretensión *corresponde a la persona jurídica, pero la legitimación activa se otorga a una serie de sujetos que en este caso la representan*⁵⁰.

En primer lugar, la ley legitima al propio órgano de gestión y representación, el patronato, para entablar la acción de responsabilidad contra los patronos. En este caso, surge la duda, de que la legitimación pasiva no podrá ostentarla por tanto el patronato de forma solidaria entre sus miembros, si no que la acción de responsabilidad se dirigirá exclusivamente contra el patrono que haya producido el acto lesivo. En el caso de que se encuentren responsables a más de un patrono, sí que surtiría efecto la solidaridad entre los mismos, pero igualmente, no nos encontramos ante la respuesta solidaria de todos los miembros del patronato, si no que esta solidaridad, sólo es aplicable a aquellos que se condenen por los Tribunales como responsables del daño o perjuicio causado.

El problema que se plantea llegados hasta aquí, es que si el patronato, en tanto que es un órgano colegiado y adopta sus decisiones mediante acuerdos, será muy complicado determinar a priori qué patronos, en el ejercicio de su cargo, han sido los responsables, puesto que en principio, todos lo son mientras no demuestren que incurrir en alguna de las causas de exoneración. Además, si el acto lesivo es causa de un acuerdo votado por la mayoría de los patronos, resultará complicado que ellos mismos acuerden ejercer la acción de responsabilidad. Por tanto, en este sentido, MARIMÓN DURÁ y OLAVARRÍA IGLESIA determinan que, este supuesto que contempla la ley, en los casos en los que el acuerdo haya sido adoptado por mayoría, sólo podrá ejercerse por los patronos que se hayan opuesto al acto, por lo que nos

49. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 454 y también EMBID IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005) p. 265.

50. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant Lo Blanch (2008) p. 454.

encontraríamos en el supuesto también establecido de los patronos ausentes o disidentes⁵¹.

Por tanto, y debido a los problemas que se plantean, parece que el legislador dio legitimación al patronato, para los supuestos en los que exista una delegación de facultades en determinados miembros del patronato, que son quienes han realizado el acto lesivo, por lo tanto, en estos casos sí que es lógico que sea el propio órgano mediante acuerdo quien pretenda entablar la acción contra dichos patronos delegados. Aunque sea el patronato quien solicite el ejercicio de la acción, esto no implica que el resto de patronos se encuentren exonerados de responsabilidad de forma automática, si no que en virtud del deber de diligencia, están obligados a vigilar la actuación de los patronos delegados, por lo que el hecho de que sea el propio patronato quien entable la acción, no exime de forma directa al resto de patronos. En este sentido, la única forma de depurar si se ha infringido o no ese deber de vigilancia es a través de la reconvención de los patronos delegados, o bien, mediante la ejecución simultánea frente a todos los miembros del patronato de la acción de responsabilidad por parte del protectorado⁵².

En segundo lugar, el legislador legitima al protectorado para poder ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos de la fundación. Esta función del protectorado, se deriva de forma lógica de su deber de velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales en concordancia con la voluntad del fundador, y en todo caso, teniendo como meta la consecución del interés general⁵³.

La legitimación activa del protectorado no sólo se reconoce en el artículo 17.3, sino que también se encuentra recogida en el artículo 35.2 de la Ley de Fundaciones. Además el posible ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de los patronos se establece también en los artículos 21.3 y 22.2 de la propia ley.

En este sentido, es necesario tener en cuenta el hecho de que, tal y como mencionamos, el protectorado es un órgano cuya función es la vigilancia y control de que todo se está llevando a cabo de forma correcta en la fundación. Para que puedan ejercer el control necesario para alcanzar el interés general, en muchos casos se necesita una autoridad frente al resto. Es decir, el legislador otorga al protectorado estas capacidades para que la función de vigilancia y control de la fundación sea mucho más efectiva.

Por tanto, y en virtud de lo expuesto, es lógico que se le atribuya esta función en concreto puesto que, es a quien corresponde velar por el *recto ejercicio del derecho de fundación*⁵⁴.

En este punto, es interesante remarcar la reflexión a la que llega CUÑAT EDO, en la que plantea dos problemas principalmente. Dicho autor considera que la ley

51. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 454.

52. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) p. 455.

53. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2005) p. 153.

54. CUÑAT EDO, V., en «Comentario al artículo 35», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch (2008) p. 887.

no determina un régimen de legitimación, es decir, no establece si la actuación del protectorado es subsidiaria a la del resto de legitimados, o si esta es indistinta, no importando qué tipo de legitimado se sea. Considera que sería interesante que el protectorado ejerciese su acción de responsabilidad de forma subsidiaria al patronato, por lo que este ganaría mucho en autonomía, tendencia hacia la que evoluciona la ley.

El mismo autor, igualmente defiende que se genera otra cuestión indeterminada en función de este artículo, y es que no se determina si el protectorado se encuentra obligado a llevar a cabo la acción de responsabilidad de los patronos en dos ocasiones concretas. La primera de ellas es cuando tenga «conocimientos razonables» en base a su propia actividad en relación a los apartados e) y f) del artículo 35 de la Ley de Fundaciones⁵⁵. La segunda cuestión que se plantea en este sentido es si a partir de las denuncias de cualquier tercero, y teniendo posterior conocimiento de los hechos podría ejercer la acción de responsabilidad. Este autor, en este sentido defiende el hecho, de que en primer lugar, debería instarse al patronato para que el propio órgano llevase a cabo la acción de responsabilidad, y que de forma subsidiaria y en defecto de intervención por parte del patronato, pudiese ejercerla el protectorado⁵⁶.

Si bien es cierto, todas estas dudas que se plantean en cuanto al régimen de responsabilidad podrían haber sido subsanadas desarrollando el tema en el reglamento, pero no ha sido así, por lo que no será posible determinar exactamente su funcionamiento hasta que los tribunales se pronuncien al respecto.

La ley establece que estarán legitimados para el ejercicio de la acción de responsabilidad los patronos ausentes o disidentes en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 17 de la Ley de Fundaciones. La ley determina que aquellos patronos que hayan votado en contra de un acuerdo, podrán ejercer posteriormente, en el caso de que de dicho acto se deriven daños para la fundación, la acción de responsabilidad frente al resto de patronos que sí que votaron a favor del acuerdo. Tal y como hemos comentado anteriormente en este análisis, existen autores que defienden que una de las formas, y que por esto se incluye en la ley, de oponerse y hacer todo lo posible para evitar que se ejecute una determinada decisión, es pidiendo responsabilidad a los patronos por el ejercicio de la misma⁵⁷. Consideramos que el ejercicio de la acción no evita el daño, es un acto de los patronos a posteriori, por lo que, aunque sea una actuación diligente por parte de los patronos, el ejercicio de

55. Apartado e) del artículo 35.1 de la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones. Los patronos tienen como función *Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general* y Apartado f) del artículo 35.1 de la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones *Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial realizado en las condiciones que reglamentariamente se determine.*

56. CUÑAT EDO, V., en «Comentario al artículo 35» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant lo Blanch (2008) pp. 888 y 889.

57. En este sentido, EMBID IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005) p. 262, GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2005) p. 153 y también MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant Lo Blanch (2008) p. 455.

la acción no previene el daño. Dotar de legitimación a los patronos parece que es el cauce institucional que el legislador ha querido dar a los patronos para que ventilen entre sí sus diferencias cuando se trata de responsabilidad frente a la fundación. Es decir, es la vía que tienen los patronos para poder alcanzar de una mejor manera los fines fundacionales, es su forma de proteger la fundación. Todo esto, como podemos atisbar, se deriva de la nueva visión de la ley de dotar de mayor autonomía y responsabilidad tanto al órgano del patronato en sí, como a los propios patronos de forma individual⁵⁸.

En este mismo artículo, se hace referencia a que los fundadores de la fundación también están legitimados para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los patronos, siempre y cuando no sean patronos de la fundación. Es interesante ver cómo el legislador mantiene el empeño en no romper de forma total la relación entre la fundación y el patrono, que por una parte, puede resultar muy interesante, puesto que nadie va a velar mejor por el interés de la fundación que quien donó el patrimonio para que se llevase a cabo el fin fundacional. Pero por otra parte, tal y como señala GONZÁLEZ CUETO *no es infrecuente encontrar fundadores que se muestran insatisfechos por razones puramente personales muy subjetivas con el devenir de las fundaciones que ellos crearon. En estos casos, una norma como la analizada, puede resultar distorsionadora de una regular y normal vida de la fundación*⁵⁹. En este caso, la ley establece un punto de conexión entre el fundador y la fundación, si bien es cierto que en todo momento la ley hace referencia a que es necesario respetar la voluntad del mismo, no es hasta ahora que le dota de capacidad para intervenir cuando considere que el patronato no está llevando a cabo las funciones para las que ha sido nombrado. Aunque en opinión de GONZÁLEZ CUETO no sea una buena idea permitir al fundador ejercer la acción de responsabilidad, el legislador ha querido, por encima de otras cosas, proteger en todo momento los intereses de la fundación, por lo que ha dotado de legitimación al fundador, persona, que se entiende va a intentar por encima de todo proteger el patrimonio de la fundación para que lleguen a cumplirse los fines fundacionales.

Finalmente, es importante recalcar que este régimen de responsabilidad establecido en la Ley de Fundaciones no corta la entrada ni el ejercicio de otras acciones de responsabilidad frente los patronos, estas sí, entabladas por terceros con intereses legítimos en la fundación, es decir, en los casos en los que sea un tercero al que se le ha causado el daño, y los patronos son los responsables del mismo, como se expone más adelante⁶⁰.

B) Extensión a terceros

Consideramos que la acción que establece el artículo 17 se ejerce contra los patronos que hayan causado un daño a fundación, por lo que la pretensión corresponde a la persona jurídica aunque quienes la llevan a cabo son aquellos que de cierto

58. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2005) p. 153.

59. GONZÁLEZ CUETO, T., en *Comentarios...*, Aranzadi (2005) p. 154.

60. MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios...*, Tirant Lo Blanch (2008) p. 456.

modo representan a la entidad. Estamos ante una acción con el mismo propósito que la acción social de responsabilidad del art. 238 de la Ley de Sociedades de Capital, en tanto que se busca restablecer el equilibrio en el patrimonio de la sociedad mediante la indemnización por parte del administrador de los daños o perjuicios que se hubiesen generado.

En vista de lo expuesto, nos asalta la duda de qué pasa en el caso de que el daño se cause a un tercero, es decir, ¿cómo regula la ley de fundaciones la responsabilidad individual por daños causados a terceros? Es necesario advertir, llegados a este punto, que la Ley de Fundaciones no se pronuncia al respecto, por lo que será necesario analizar cómo se regula y se lleva a cabo el régimen de responsabilidad de los patronos frente a terceros afectados por sus actuaciones⁶¹.

Como ya se ha dejado constancia en este estudio, la doctrina entiende que el hecho de que no se pronuncie la ley de fundaciones en relación a la responsabilidad frente a terceros, no supone que se cierren las vías para su ejercicio, siempre que dichos terceros cuenten con un interés legítimo. Por tanto, a partir de ahora vamos a analizar cómo podría reclamarse a los patronos en el caso de que se produzcan daños a terceros.

En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ⁶² es quien más se ha pronunciado sobre el tema, estableciendo que existían tres vías por las que los terceros podrían reclamar por los daños y perjuicios que soporten. En primer lugar, habla de que los terceros pueden ejercer una acción contra la fundación por la responsabilidad de esta como persona jurídica. En segundo lugar, menciona que los terceros también pueden exigir la responsabilidad de los patronos, por los actos individuales de éstos (es decir, que no tienen nada que ver con la fundación), pero estaríamos ante una simple acción de responsabilidad extracontractual, en la que el hecho de que sea o no patrono de la fundación es totalmente indiferente. Por último, RIVERO HERNÁNDEZ habla de la posibilidad de ejercer la acción contra los patronos por sus actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones. Es esta en la que entra a hacer un completo análisis, de qué vías son posibles para la reclamación y cómo pueden llevarse a cabo.

Los mecanismos que defiende para la indemnización del tercero son básicamente dos, el ejercicio de la acción subrogatoria de artículo 1111 del Código Civil cuando la propia fundación no haya accionado contra los patronos por los daños y perjuicios causados en nombre propio y el ejercicio de la acción directa de los terceros frente a los mismos patronos causantes del daño⁶³.

La acción subrogatoria, es una acción general dispuesta en el artículo 1111 del Código Civil, que permite a los acreedores que no pueden cobrar de otro modo, subrogarse en la posición del deudor para reclamar los créditos que este tiene frente a sus acreedores. Es decir, y aplicado a nuestro caso, el código da la posibilidad a

61. SORIA SORJÚS, J., «La responsabilidad de los patronos de las fundaciones...», *La Ley* (2011), núm. 7640, p. 4.

62. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «Responsabilidad de los patronos...», AUTORES VARIOS, *Homemaje...*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002, p. 508.

63. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «Responsabilidad de los patronos...», AUTORES VARIOS, *Homemaje...*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002, p. 516.

los terceros acreedores de la fundación de subrogarse en la posición de la fundación para poder cobrar los derechos de crédito que tenga esta frente a sus propios acreedores, y que así, al no ser insolvente, estos acreedores subrogados puedan cobrar lo que se les adeuda. *Es un instrumento para hacer efectivo un interés legítimo de un tercero perjudicado, acreedor de la fundación, frente al patrono o patronos que serían a su vez responsables frente a esa persona jurídica por la actuación negligente o malévola en el ejercicio de su cargo, de la que ha sufrido daño directo la propia fundación*⁶⁴.

Estamos por tanto, ante el ejercicio de una acción indirecta, para aquellos casos en los que el tercero perjudicado no pueda hacer efectivo su crédito contra su deudor, por insuficiencia en el patrimonio del mismo. El problema que se plantea en estos casos, es que, si bien la ley legítima a los acreedores para su ejercicio, el resultado de la acción no repercute en ellos, si no que vuelve a la fundación ya que la acción se ejercita en interés de la misma. Esto supone una inseguridad del cobro para los terceros afectados, que no van a llevar a cabo un litigio en favor de la fundación para que esta posteriormente no les haga efectivo el cobro y tengan que volver a litigar para poder llevar a cabo su derecho de cobro, con el sobrecoste que esto supone.

Como ya hemos mencionado, RIVERO HERNÁNDEZ entiende que la aplicación por analogía de lo dispuesto en sede de sociedades es totalmente posible, ya que entiende que se cumplen todos los requisitos del artículo 4.1 del Código Civil para poder aplicar las normas de forma analógica: existe un supuesto de hecho específico no contemplado por la norma aplicable, hay semejanza entre el supuesto regulado y el problemático (identidad en la mayoría de los casos del régimen de responsabilidad de los patronos con el de los administradores) y defiende que la existe identidad en la solución, algo que le parece indiscutible en tanto que considera que ambos regímenes deben ser iguales en relación a la responsabilidad frente a los terceros⁶⁵.

Como ya hemos podido ver a lo largo de este estudio, la doctrina considera que de la práctica identidad entre la Ley de Fundaciones y la Ley de Sociedades de Capital en el régimen de responsabilidad, se deriva que la legislación en sede de sociedades debe utilizarse para interpretar aquellos vacíos que puede dejar la Ley de Fundaciones. En este sentido, SORIA SORJÚS indica que *tratándose la Ley de Fundaciones de una ley moderna, el legislador pudiera haber obviado expresamente la regulación de la acción de responsabilidad individual por considerarla inoportuna en sede de fundaciones*⁶⁶.

En este sentido, es necesario recalcar, que los Tribunales, pese a lo defendido por la doctrina, han limitado hasta nuestros días la aplicación analógica de la normativa de sociedades a las fundaciones, ya que entienden que no existe laguna legal ni identidad de razón entre los supuestos que se plantean.

64. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «Responsabilidad de los patronos...», AUTORES VARIOS, *Homenaje...*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002, p. 516.

65. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «Responsabilidad de los patronos...», AUTORES VARIOS, *Homenaje...*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002, p. 518.

66. SORIA SORJÚS, J., «La responsabilidad de los patronos de las fundaciones...», *La Ley* (2011), núm. 7640, p. 5.

En la dirección de lo expuesto, consideramos necesario recalcar la Sentencia 35/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 17 de Septiembre de 2009, que trata un supuesto de responsabilidad de patronos de fundaciones. En esta sentencia, se dirime el recurso presentado por una sociedad mercantil, que arrendó un local a la fundación y se le adeudan rentas, por lo que exige que respondan los patronos en virtud de la aplicación analógica del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, argumentó, en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de su sentencia, que no existía ni laguna legal ni identidad en los supuestos, por lo que no es posible la aplicación analógica de lo dispuesto para los administradores de las sociedades de capital.

En el fundamento jurídico cuarto, especifica los motivos por los cuales considera que no existe identidad en los supuestos.

Como podemos deducir de la lectura de la Sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estipula de forma clara, que no es posible apreciar la identidad de supuestos entre la responsabilidad de los patronos y la de los administradores, debido a las grandes diferencias existentes en la naturaleza de las entidades a las que representan. El citado Tribunal también hace referencia a las diferencias entre ambos cargos, principalmente el hecho de la retribución, para concluir que no es posible una identidad de supuestos como la exigida en el 4.1 del Código Civil para que se apliquen normas de forma analógica.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su fundamento jurídico quinto, sigue con su argumentación de por qué no es posible la aplicación del art. 4.1, en tanto que defiende que no existe tampoco una laguna legal en cuanto a la responsabilidad de los patronos frente a terceros. El Tribunal Superior Catalán considera que no es posible la aplicación a los patronos del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, ya que establece que el problema de interpretación no debe suplirse con la aplicación de la figura de la analogía, sino aplicando los principios generales de la responsabilidad recogidos en el Código Civil⁶⁷, más concretamente con la aplicación en estos supuestos tanto de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código, de la que ya hemos hablado, como del artículo 1902 del mismo, donde se establece el régimen de responsabilidad extracontractual.

Por tanto, en este sentido, es necesario concluir, que en el caso de que un tercero se vea perjudicado por las actuaciones de los patronos, sólo tiene dos vías para ejercitar sus pretensiones. En primer lugar, la vía que ya hemos comentado del ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, con la consecuente inseguridad y elevado coste que supone el ejercicio de esta acción concreta, comentario a que nos remitimos en este caso.

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hace mención a la vía general del artículo 1902 del Código Civil, que establece el régimen de

67. SORIA SORJÚS, J., «La responsabilidad de los patronos de las fundaciones...», *La Ley* (2011), núm. 7640, p. 8.

responsabilidad de los daños que se causen mediando dolo o negligencia. El problema que plantea el ejercicio de esta acción son los plazos tan reducidos que establece la ley para llevarla a cabo, en tanto que el artículo 1968 establece que prescribe en el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata el artículo 1902. Esto nos lleva por tanto, a afirmar que en el caso de las fundaciones, como podemos comprobar, los terceros están más desprotegidos frente a los daños que puedan causárseles por acción de los patronos que en el caso de las sociedades mercantiles, puesto que los terceros que se ven perjudicados por las acciones de los administradores, disponen de un periodo de cuatro años desde el día en que pudiese haber ejercitado la acción para poder reclamar la responsabilidad de los mismos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

VII. CONCLUSIONES

De nuestro estudio, en primer lugar, salta a la vista, el parecido entre la normativa de fundaciones y la de sociedades, al tratarse de entidades, con diferencias de fondo, pero bastante similares. Se entiende que el legislador, en virtud del giro de la visión de la fundación de un patrimonio a una entidad que se define como organización, ha asimilado las leyes previstas para sociedades, las organizaciones podríamos decir por excelencia, a este tipo de entidades. Si bien es cierto, existen determinados aspectos en los que la legislación de fundaciones es más garantista que la de sociedades, como la supervisión de la labor del patronato que lleva a cabo el protectorado, debido a los intereses generales que persiguen estas. Es necesario tener en cuenta, que la evolución que ha experimentado la figura de las fundaciones, cada vez más orientadas a ser una organización y en la mayoría de los casos, llevando a cabo actividades económicas, no se corresponde en todos los casos con lo dispuesto en la ley de 2002. El auge que han tenido las fundaciones consideradas «empresariales» en estos últimos años, hace que en ciertos aspectos, la ley de 2002 presente ciertas lagunas, debidas principalmente al cambio en el devenir de los hechos que se han ido sucediendo en todos estos años. Se espera, por tanto, que al igual que la Ley de Sociedades de Capital, la Ley de Fundaciones se adapte a las nuevas circunstancias que rodean la figura de la fundación, y así poder conseguir una mejor protección de la misma, lo que implicará un mejor funcionamiento de la entidad.

Del análisis en concreto de la responsabilidad de los patronos, se derivan dos grandes ausencias, como son la regulación de un procedimiento preventivo en caso de conflicto de interés y la legitimación activa a terceros para reclamar por los daños causados por los patronos en el ejercicio de su cargo.

En primer lugar, del análisis realizado, se desprende la ausencia de regulación del procedimiento a seguir por los patronos en los casos de conflicto de interés en la Ley de Fundaciones. Si bien la ley detalla cuál es el procedimiento a seguir en una de estas situaciones (la autocontratación), no establece nada en lo referente a qué sucede en el caso de que quien contrate con la sociedad sea una persona especialmente vinculada con el patrono. La ley no determina un procedimiento cla-

ro en este sentido, cuando en la legislación societaria trata la figura del conflicto de interés de una forma muy detallada. El hecho de que la Ley de Fundaciones no establezca un procedimiento para evitar que las situaciones de conflicto deriven en daños, implica una gran desprotección del patrimonio de las fundaciones por parte del legislador. Lo que resulta paradójico, es que se haya establecido un procedimiento detallado, basado en la información y el pleno conocimiento tanto del patronato como del protectorado de las situaciones de autocontratación, protegiendo de este modo a la fundación, pero no se la proteja en el caso de que quien contrate con la misma sea el cónyuge, ascendiente o descendiente del patrono. El riesgo del que hablamos, por tanto, es el riesgo de que se produzca un daño a la fundación sin poder evitarlo, al no existir un régimen preventivo basado en la información y justificación de las situaciones de conflicto, tal y como se establece para los casos de autocontratación. Este régimen preventivo, protege de manera especial a la fundación, ya que evita que se causen daños a la misma. Aunque el establecimiento del régimen de responsabilidad de los patronos, restituye el equilibrio en cuanto a los daños, este sólo lo logra en el caso de que los patronos sean solventes. Por tanto, el establecimiento de un régimen de prevención en los casos de conflicto de interés, basado en la información y conocimiento por el resto de órganos relativos a la fundación de la situación concreta, aleja el riesgo de que se produzca un daño, lo que revertiría en una mayor protección de la fundación. En este punto, se manifiesta una carencia relevante dentro de la Ley de Fundaciones, que convendría subsanar en el futuro en virtud de una mayor seguridad para el patrimonio y los intereses de las fundaciones.

En segundo lugar, el otro tema que se deriva del análisis del régimen de responsabilidad de los patronos, es que, a diferencia de lo que ocurre en la normativa de sociedades, no se habilita a los terceros para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los patronos. La figura de la acción individual de responsabilidad frente a los administradores que se establece en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, como hemos visto, no tiene mención análoga en sede de fundaciones, de lo que se deriva una desprotección de los terceros que pueden verse afectados por los actos lesivos de los patronos. Aunque en un primer momento pudiese pensarse que cabría la posibilidad de la aplicación por analogía de este artículo en los casos de las fundaciones, como se ha visto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha de 17 de Septiembre de 2009 denegó esa posibilidad, estableciendo que el régimen para las reclamaciones de los terceros en este sentido era el del artículo 1902 del Código Civil. El establecimiento de este régimen de responsabilidad, en todo caso perjudica a los terceros, en tanto que los plazos para las reclamaciones en este sentido se ven reducidos a un año, cuando el plazo para ejercer la acción en sociedades es de cuatro años desde el día en que hubiese podido ejercitarse. La ausencia de esta legitimación, como decimos, supone una desprotección de los terceros que contraten o tengan relación con la fundación, puesto que entre estos terceros, se encontrarían igualmente los beneficiarios de la misma. Al igual en que en caso del conflicto de interés, se deriva de lo expuesto una carencia relevante, y más en la estructura actual de las fundaciones eminentemente empresariales. La protección de los terceros, mediante su legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad, al fin y cabo revierte en una mayor confianza de los mismos para contratar con este tipo de entidades. Por lo tanto, en este sentido, sería muy conveniente que este vacío se subsanase en un futuro.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «*Juega por mi*»: *Los deberes de lealtad de los administradores*, publicado en www.almacenederecho.org el día 10 de marzo de 2016. (<http://almacenederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores/>)
- CABRA DE LUNA, M.A., y DE LORENZO GARCÍA, R., en «El protectorado», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005).
- CAPILLA RONCERO, F., «Artículos 17 a 41 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* Tomo I, Vol. 3, Edersa (1993).
- CUÑAT EDO, V., en «Comentario al artículo 35», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch (2008).
- DE CASTRO Y BRAVO, F., en *La persona jurídica*, Civitas (1984).
- EMBED IRUJO, J.M., en «Gobierno de la fundación» en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a la ley de fundaciones*, Iustel (2005).
- «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)», en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda* (2003) núm. 7.
- FONT BOIX, M.J., y LLORENS MARTÍNEZ, E., en *Responsabilidad de los patronos por conflictos de intereses en las fundaciones*, Bosch (2015).
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., en «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de Fundación» en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M., Y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecanazgo*, Iustel (2005).
- GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones* Aranzadi (2003).
- LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Elementos de Derecho Civil I, parte general del Derecho Civil* (Volumen Tercero) Bosch (1984).
- MARIMÓN DURÁ, R., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., en «Comentario al artículo 14» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch (2008).
- «Comentario al artículo 17», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch (2008).
- PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2015).
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «Responsabilidad de los patronos de una Fundación frente a terceros», AUTORES VARIOS, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos Jurídicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria (2002).
- SALELLES CLIMENT, J.R., y VERDERA SERVER, R., en *El patronato de la Fundación*, Aranzadi (1997).

SÁNCHEZ CALERO, F., en *Los administradores en las sociedades de capital*, Aranzadi (2005).

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», en *La Ley* (2011) núm. 7640.

VERDERA SERVER, R., en «Artículo 2. Concepto» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones* Tirant lo Blanch (2008).