

Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros

I. INTRODUCCION. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

1. PLANTEAMIENTO INICIAL. RESPONSABILIDAD Y FUNDACIÓN

La responsabilidad civil de los patronos de fundaciones tiene particularidades muy notables no sólo por mor del interés creciente y dimensión multifacética de la responsabilidad civil, sino también en atención a la evolución de las fundaciones y su moderna concepción, funcionalidad y juego en la sociedad de hoy, en la que han pasado de tener una actividad y orientación de asistencia y beneficencia, o cultural, a una actividad, modo de operar y proyección socioeconómica mucho más dinámica, con amplia discrecionalidad de gestión por parte de sus administradores, y amplia participación en el mundo empresarial que las aproxima en el orden económico y funcional cada día más a las sociedades mercantiles.

Esta autonomía de gestión de las fundaciones modernas, con un creciente «desplazamiento de poderes» de la persona jurídica a sus gestores (fenómeno más notorio en las sociedades mercantiles) y con menor y distinto control por parte del protectorado que antes, tiene como contrapunto la necesidad de potenciar también la responsabilidad de sus gestores, que son quienes toman las decisiones, tanto frente a la propia fundación como frente a terceros, todo lo cual no es sino una manifestación concreta en este campo de la ecuación libertad-responsabilidad, general y típica en el ámbito jurídico.

Por otra parte, la responsabilidad derivada de la actividad de la fundación tiene particulares connotaciones —decía—, centradas en las propias del ilícito proveniente de una persona jurídica y las reglas de imputación de responsabilidad personal (a ella o al titular del órgano de gestión), que se acomodan

mal a los esquemas clásicos de la responsabilidad y obliga a adoptar nuevas perspectivas —ya no basta un punto de referencia subjetiva indiferenciada del hecho dañoso, sino atender a la varia etiología del ilícito y a los intereses lesionados— y a distinguir la responsabilidad de la fundación y la de sus patronos (1). El efecto lesivo del acto ilícito relacionable *prima facie* con la fundación puede ser muy amplio y variado —va desde personas concretas perjudicadas en el ámbito contractual hasta los intereses difusos de beneficiarios de la fundación (afectados directa o indirectamente)—, y obliga a relacionar ámbitos distintos de responsabilidad: el interno (fundación-patronos) y el externo (terceros-fundación-patronos); lo que determina distintos polos personales de imputación, diferentes legitimados para reclamar y acciones también distintas para hacerlo viable.

Aquí nos van a interesar los actos ilícitos y lesivos de los patronos, producidos bajo ciertos presupuestos, de los que deriva una responsabilidad autónoma para ellos frente a terceros, distinta de la imputable (en otros casos) a la fundación-persona jurídica. Mas esa responsabilidad puede presentarse, unas veces aislada y única, y otras concurrente con la de la fundación (pues no puede confundirse ni generalizarse la relación entre la responsabilidad interna y la externa): la acción para hacerla efectiva será, pues, de ejercicio autónomo o concurente también, según casos.

2. INSUFICIENCIA NORMATIVA

Las leyes postconstitucionales (la estatal y la catalana, la vasca, la gallega), frente a criterios anteriores (2), vienen a relacionar la responsabilidad de los patronos con las obligaciones propias y directas de su cargo, establecidas en las respectivas leyes, y más en concreto con la diligencia que les es exigible (cfr. art. 15 LF y art. 12.1.c y 12.2 LcatF); criterio nuevo que puede resultar criticable, y ha sido criticado (3), por cuanto si aproxima el régimen

(1) Cfr. F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, pág. 144 y sigs.; también pág. 123.

(2) En Derecho español preconstitucional la cuestión estaba mal regulada: el Real Decreto e Instrucción de 1889 (fundaciones benéfico-asistenciales) nada decía, y el Reglamento de 1972 (fundaciones culturales) —con claro precedente en el Código Civil italiano, art. 18, que no dejó de influir en ese régimen de responsabilidad— se remitía a los criterios del Código Civil, lo que permitió a la doctrina invocar el artículo 1.726 del Código Civil (sobre responsabilidad del mandatario por dolo y por culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los tribunales según que el mandato sea o no retribuido), y relacionar la responsabilidad de los patronos con la retribución de los mismos; y, como no retribuidos que son, pudo aligerarse su responsabilidad.

(3) SALELLES CLIMENT-VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Pamplona (Aranzadi ed.), 1997, pág. 173 y sigs.

de responsabilidad de los patronos al de los administradores de las sociedades mercantiles (cfr. arts. 133 a 135 LSA) (4), no deja de ser injusta tal asimilación en razón de la gratuidad del cargo de patrono frente a las espléndidas retribuciones de los administradores de las sociedades anónimas. Ello puede, además de consideraciones teóricas y de justicia, crear dificultades en la práctica, y llevar a no pocas personas a declinar la aceptación del cargo de patrono, honorífico muchas veces.

Este nuevo régimen de responsabilidad de los patronos, que gravita eminentemente alrededor de la diligencia exigible, requeriría una delicada regulación de esa ecuación diligencia-responsabilidad, sutil y dada a distinciones; mas la que hay en nuestras leyes de fundaciones (estatal y autonómica) es notoriamente insuficiente (cfr. apart. 3.1).

Lo que dicen unas y otras, aunque un poco más concretas algunas en cuanto a la exención de responsabilidad, es demasiado pobre y escueto para el amplio juego de la responsabilidad, en general, y aquella en que pueden incurrir los patronos. Obsérvese que, en realidad, en la Ley estatal, después de referirse a la diligencia con que los patronos deben desempeñar el cargo (la de un «representante leal»), apenas se dice otra cosa que «los patronos responderán frente a la fundación por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente» (art. 15.2), indicando luego cuándo quedarán exentos de responsabilidad. Cfr. artículo 17.1 de la ley gallega, artículo 12.1 de la canaria, y artículo 15.1 de la vasca, en términos muy parecidos; y artículo 12.2 LcatF, que remite a «en los términos que establecen las leyes» en materia de responsabilidad. Esa insuficiencia normativa —frente a la más amplia regulación en la LSA, y también se quejan sus comentaristas de deficiencias—, va a crear no pocos problemas, objeto principal de este trabajo.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS FRENTE A LA FUNDACIÓN Y FRENTE A TERCEROS

Al relacionarse las fundaciones con su entorno social y económico pueden derivarse perjuicios para otras personas, que cabe contemplar en un doble plano y planteamiento, según quién sea el lesionado o el causante del perjuicio. Podemos considerar:

- a) la responsabilidad de los patronos por los perjuicios por ellos causados, frente a la fundación unas veces, y frente a los terceros otras; y

(4) Así lo ve también DE LORENZO GARCÍA, comentario al artículo 15, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pág. 134.

- b) los perjuicios sufridos por los terceros que se relacionan con la fundación y sus gestores, causados por (o imputables a) la fundación, en ocasiones, o por (o imputables a) los patronos en otras.

Será necesario hacer las correspondientes distinciones y precisiones. Ahora me ocupo, para empezar, de la primera cuestión: de distinguir la responsabilidad de los patronos frente a la fundación por los daños producidos a la misma, de aquélla otra por daños a ciertas personas, que llamo, por ahora, «terceros», en cuanto ajenos o externos a la fundación.

3.1. *Responsabilidad de los patronos frente a la fundación. Caracterización*

Esta responsabilidad sólo puede derivar de actos ilícitos, en cuanto no adecuados a Derecho, realizados por los patronos en el ejercicio de su cargo y función, de los que han resultado perjuicios directos o indirectos para la fundación. Corresponde a la que antes llamé relación interna, y su «etiología» puede ser amplia y varia. Pueden ser también los perjuicios muy variados (todos los que el Derecho toma en consideración a estos efectos), pero los más corrientes serán los de tipo patrimonial.

En el marco de la clásica distinción responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual, a la hora de calificar aquélla en que pueden incurrir los patronos frente a la fundación (subrayo esto), la doctrina española se ha inclinado casi con unanimidad a considerarla como responsabilidad contractual, muy próxima a la del mandatario —a diferencia de la responsabilidad frente a terceros, que sería *extracontractual*—. Hoy, aunque ya no ha lugar a identificarla con o aproximarla al mandato, se insiste en que, en aquella disyuntiva, no cabe duda de que la de los patronos frente a la fundación es responsabilidad contractual (5). Argumento fundamental: el cargo de patrono es voluntario y debe ser aceptado (arts. 13.3 LF, y 8-*e* y 11.6 LcatF): esa aceptación por el patrono supone una relación voluntaria del mismo con la fundación, asimilable —dícese— a un convenio: es de tipo negocial, lo que permite construir una responsabilidad contractual, máxime cuando nuestra jurisprudencia tiene una idea tan abierta de aquella relación y de esta responsabilidad (6).

(5) Cfr. DE LORENZO, *op. loc. cit.*, pág. 135; y GUARDIA CANELA, «El control i la responsabilitat del patronat», en AA.VV., *Fundacions Privades Catalanes*, Barcelona, 1984, pág. 145.

(6) La doctrina mercantilista, con referencia a la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, partiendo de que la responsabilidad de éstos ha de derivar de actos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones —dígase lo mismo, por lo que aquí respecta, para los patronos—, y que en tal caso y concepto actúan como

Dicha calificación de responsabilidad contractual u obligacional (y no extracontractual), lo es no tanto como derivada de un contrato determinado, real o presunto, sino por la asunción voluntaria, cuasinegocial, del cargo y por el sentido amplio que le dan nuestra doctrina y sobre todo la jurisprudencia, que la prefiere a la extracontractual y la aplica siempre que haya precedido una relación jurídica entre dañador y dañado, aunque no sea estrictamente contractual (cfr. sentencias de 26 enero y 19 de julio de 1984), así como porque de la aceptación del cargo de patrono deriva para éste la obligación de «servir el cargo con la diligencia de un representante leal» (art. 15.1 LF; cfr. las normas homólogas en las leyes autonómicas, alguna de las cuales alude a «administrador leal»), y del incumplimiento de tal obligación es de lo que deriva, precisamente, la responsabilidad de referencia (7).

No cabe ignorar, sin embargo, que la obligación del patrono es muy general (servir el cargo con la diligencia de un administrador o de un representante leal) e igualmente su actuación infractora, bien alejadas una y otra de las concretas y tipificadas (o atípicas) de los contratos usuales en el tráfico jurídico, con lo que en la realidad y dinámica social se puede aproximar bastante a la forma corriente en que se producen los hechos y deriva responsabilidad extracontractual (aunque el deber jurídico y la infracción del patrono no sea tan genérica como el *alterum non laedere*, justificación básica del art. 1.902 del Código Civil) (8).

órgano de la persona jurídica, han sugerido el calificar la responsabilidad de referencia como orgánica, lo cual permitiría definirla mejor (no afectará al que no forme parte del órgano, ha de actuar en esta calidad y dentro de las competencias que le estén atribuidas legal o estatutariamente, etc.) —véase VITTORIO BENNANI, «La responsabilità degli amministratori di fondazioni con particolare riguardo alle fondazioni culturali», en *Archivio della responsabilità civile*, 1967-II, pág. 1189; en la doctrina española, SÁNCHEZ CALERO, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Madrid, 1994, pág. 242 y sigs.; y SALELLES-VERDERA, *op. cit.*, pág. 175-176—. Aparecería, así, un *tertium genus* o nuevo tipo de responsabilidad, al margen de las dos conocidas y arriba citadas.

Mas, sin dejar de ser ello cierto, no se ve la utilidad que puede reportar esta última distinción y calificación, ya que en nuestro sistema jurídico está poco elaborada doctrinalmente esa categoría jurídica de responsabilidad orgánica y, sobre todo, no tiene reconocido un régimen legal distinto de las clásicas responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que es poco útil hablar, con un mínimo pragmatismo, de responsabilidad orgánica (¿cuál sería, por ejemplo, el plazo de ejercicio de la acción para exigirla?), independiente de aquéllas, a las que hay, por tanto, que volver la vista de nuevo (en el mismo sentido, otra vez, BENNANI, *op. loc. cit.*).

(7) En el mismo sentido opina la doctrina mercantilista en relación con la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima (cfr. art. 133 de la Ley correspondiente). Véase, por todos, POLO SÁNCHEZ, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA), t. VI, Madrid, 1992, pág. 372, y doctrina que cita.

(8) Como alternativa a aquel planteamiento bipolarizado, ¿cabría pensar en algo parecido a la responsabilidad del artículo 1.591-1.º del Código Civil, y hablar de una especie de responsabilidad *ex lege*, como se ha dicho de la de ese precepto? No lo creo.

3.2. *Responsabilidad de los patronos frente a terceros. Puntos comunes y notas diferenciales con la anterior*

Los terceros (ciudadanos corrientes) que se relacionan con la fundación y su entorno jurídico pueden resultar perjudicados de múltiples formas, según quién sea el autor y en qué calidad actúe. Las acciones de que disponen pueden ser y dirigirse: *a)* contra la fundación, por responsabilidad de ésta como persona jurídica, sea contractual o extracontractual; *b)* contra los patronos, por actos individuales de éstos (no en el ejercicio de las funciones del órgano de gobierno), en cuyo caso se trata de la acción ex artículo 1.902 del Código Civil contra una persona física que accidentalmente resulta ser patrono de una fundación; y *c)* contra los patronos, por actos ilícitos suyos en el ejercicio de sus funciones de órgano de gobierno de la fundación.

Ahora estoy pensando en, y aquí nos interesa sólo esta última acción.

Esta responsabilidad de los patronos es exigible individualmente a aquél (uno o varios; quizá todos) en quien concurran los presupuestos legales pertinentes que diré, y el patrono actúe en tal calidad (en el ejercicio de su cargo o función) y dentro de sus competencias como miembro del órgano de gobierno (cfr. sentencia de 5 de diciembre de 1991, para una sociedad mercantil). No es una responsabilidad del patronato como órgano de gobierno institucional, sino de los patronos que debían cumplir efectivamente ciertas competencias de órgano y que de modo individual, por negligencia, han dejado de cumplir, de tal modo que aquellos que puedan probar que no han participado en el acto lesivo y que no han incurrido en omisión de la diligencia que les era exigible, estarán exentos de responsabilidad. El artículo 15.2 LF estatal y otras autonómicas lo dicen con más claridad que el artículo 12 de la LcatF, pero para todas es evidente que el régimen (de responsabilidad y de exención) es idéntico por mera interpretación de los respectivos preceptos en el contexto en que se producen.

La diferencia entre una y otra responsabilidad —frente a la fundación o frente a los terceros— reside en que en este segundo caso hay lesión directa de un interés de esos terceros, y suyo es el bien protegido: los terceros son titulares del interés y por tanto de la acción de responsabilidad, individualmente considerados (simple aplicación del art. 1.902 del Código Civil). En cambio, en la responsabilidad frente a la fundación, el bien jurídico protegido y el interés lesionado es de ésta, y ella misma la titular (como persona jurídica) de la acción, aunque indirectamente puedan haber resultado perjudica-

Mas tampoco me opondría drásticamente a esta calificación (ni entraré en el debate dogmático) porque a falta de reglas propias precisas, sobre todo en la LcatF (como sí las tiene el art. 1.591-1.º), el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del patrono no diferirá mucho de la que he predicado como contractual.

dos también algunos terceros —acreedores de la fundación que no pueden cobrar o beneficiarios que gozan de peores servicios por la ruina de la fundación—, y la legitimación para accionar en este caso pueda ser a veces más amplia, según la ley aplicable, estatal o autonómica (en ocasiones, el protectorado, quizá incluso el fundador).

Aunque se ha aducido que la actuación (ilícita) de los patronos en el ejercicio de su función orgánica obliga a la fundación por mor de ese ejercicio y función —pues como órgano de la persona jurídica a ésta se debe imputar directamente su actuación, y que por ello la responsable debe ser la persona jurídica (CAFFARENA LAPORTA)—, hay que distinguir en qué calidad actúan los patronos. A este respecto, si bien cuando lo hagan como representantes de la fundación es ésta la que queda obligada frente a terceros —efecto representativo, aunque esa representación sea orgánica—, en cambio cuando actúen como meros gestores pueden quedar obligados, responsables personalmente, los propios patronos.

3.3. *Responsabilidad conjunta de la fundación y de los patronos frente a terceros*

Al lado de los casos anteriores puede presentarse también el de ciudadanos que se relacionan contractualmente con la fundación (proveedores, arrendadores de servicios), en cuyo curso relacional la fundación deja de cumplir el contrato por un comportamiento ilícito y lesivo de los patronos en uso de su libertad decisoria en el marco de su posición y vínculo legal, estatutario y endoorganizativo. La ilicitud de la conducta del o de los patronos radica en la violación de un genérico *alterum non laedere*, al tiempo que ellos no tienen un específico deber de obrar diligentemente frente al tercero contraparte de la fundación (9). Se trata de dos responsabilidades distintas por la autonomía del ilícito extracontractual del patrono (persona física) respecto de la relación de la fundación (persona jurídica) con terceros.

Hay, en ese caso, una acumulación de la responsabilidad aquiliana del patrono a la contractual de la fundación por su incumplimiento (como parte negocial que es): es la incidencia del acto impeditivo (del patrono) del cumplimiento contractual y su responsabilidad (también del patrono) que se une a la responsabilidad contractual de la fundación, que, como parte negocial, ha incumplido.

En estos casos el acto doloso o culposo del patrono lesiona el derecho de crédito del tercero: es el caso más claro de concurrencia del ilícito y respon-

(9) L. PICARDI, «Responsabilità degli amministratori e tutela dei terzi», en *Riv. Critica del Diritto Privato*, 1994-3, pág. 414 y sigs.

sabilidad extracontractual del agente (patrono) con el incumplimiento y responsabilidad de la fundación. Tal supuesto se presenta en la realidad cuando la obligación contractual de la fundación tenga por objeto un *facere*: la responsabilidad del patrono, concomitante con la de la persona jurídica surgirá de la violación de la conducta debida por aquél en cuanto le compete ejecutar el contrato con la debida diligencia. Otras veces —quizá menos frecuente— la acumulación de responsabilidades puede presentarse con ocasión de la interferencia lesiva del patrono en la formación del vínculo contractual: culpa in contrahendo o contractual de la fundación y aquiliana de aquél.

A esta acumulación me referiré al hablar del ejercicio efectivo por el tercero perjudicado de la acción de responsabilidad pertinente.

II. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS FRENTE A TERCEROS. HIPOTESIS POSIBLES

1. PERJUICIO DE TERCEROS PROVENIENTES DE LA FUNDACIÓN Y SU ENTORNO

Voy a replantear la cuestión que dejé apuntada: la posición de los terceros perjudicados, según el origen de los daños producidos en sus intereses. Se trata, en realidad, del mismo problema anterior, visto con óptica diferente. Desde esa perspectiva, en su relación con la fundación y su entorno jurídico, los terceros pueden resultar perjudicados:

- a) Unas veces, por la propia fundación (y será responsable ésta). La persona jurídica no actúa directamente en su relación con otros operadores jurídicos, como lo hacen las personas físicas; actúa y se relaciona por medio de sus órganos. Pues bien: cuando el acto lesivo se haya realizado por actuación de los órganos representativos de la fundación, es decir, los patronos actuando precisamente como órganos de representación de la fundación, el acto no es ya personal de esas personas físicas que son los patronos, sino acto (jurídico) de la persona jurídica fundación, y a ésta le es imputable; es la fundación la que ha dañado al tercero: por eso es la responsable.
- b) En otras ocasiones los daños a terceros provienen de los patronos, pero ya no como órganos representativos de la fundación, sino en otro concepto jurídico, ya insinuado antes. Para estudiar aquí la responsabilidad de esas personas físicas, que son los patronos, es necesario que actúen como tales, es decir, como miembros del patronato, órgano de la fundación, y en el ejercicio de su cargo y funciones —pues en otro caso no hablaríamos de responsabilidad de los patronos, sino de Juan o de Pedro—. Mas para ser acto suyo y no de la funda-

ción han de haber actuado no en función representativa (en nombre y representación de la persona jurídica, y en el marco de esas competencias, sin excederse de los poderes representativos, estatutarios u otros), sino en otra función, con otro cargo que, sin ser representativo, sea propio de patrono. Esa función y cargo es el de gestor, sea administrador de la fundación, sea ejecutor de acuerdos fundacionales.

Esta responsabilidad de los patronos se basa en el *neminem laedere* y, en nuestro sistema jurídico, en el artículo 1.902 del Código Civil, con tal claridad que apenas necesita de mayor justificación, por ahora.

2. HIPÓTESIS DE PERJUICIO DE TERCERO CAUSADO POR LOS PATRONOS

A) «*Terceros*», a los efectos que aquí interesan, son cuantas personas puedan resultar perjudicadas, distintas de la fundación. Esas personas pueden ser:

- a) unas veces, las que se relacionan con la fundación en el tráfico jurídico habitual: cocontratantes, proveedores de servicios, acreedores, empleados de la fundación; incluso, en alguna ocasión, otros patronos interesados en la actividad de esta persona jurídica;
- b) otras veces, perjudicados pueden resultar los beneficiarios de la fundación, que en este plano son meros, aunque cualificados, terceros, en tanto que personas distintas de la fundación y de sus órganos de gobierno;
- c) verosímilmente, en alguna ocasión, el propio fundador (pues una vez constituida la fundación, ésta es persona distinta e independiente de él), cuyo interés legítimo en salvaguardar los fines y medios fundacionales parece evidente y, si lesionado, especialmente protegible.

B) Cuestión distinta es la de los *casos o hipótesis* que se pueden presentar de perjuicios para esos terceros, que lo son también de responsabilidad de los patronos frente a los mismos. La realidad es mucho más rica que la imaginación del jurista (y, desde luego, que la mía). Puede haber muchos otros supuestos de hecho, pero creo que la mayor parte de ellos podrían quedar tipificados en estas *hipótesis*:

- a) cocontratantes de la fundación con quienes se incumpla (en sentido amplio) el contrato pertinente por una actuación ilícita del o los patronos encargados de su cumplimiento o gestión (añado esto para distinguirlo de la actuación representativa de los patronos, que comprometería directamente a la fundación, y sería ésta la incumplidora responsable);

- b) acreedores de la fundación que no pueden cobrar de ésta por maquinación de los patronos, o por concreta y negligente actuación, o si dan lugar a insolvencia de la fundación sin acudir a un procedimiento de realización universal en que los acreedores sean tratados con arreglo al principio de la *par conditio creditorum* o no gocen en el mismo de la preferencia que les corresponda para cobrar (10);
- c) terceros cuyo derecho de cualquier otra clase frente a la fundación es violado por una actuación gestora de los patronos: información inexacta de la situación económica o financiera de la fundación (cuentas anuales incorrectas, balances inexactos producidos dolosa o culposamente) que confunda a las personas que pretendan emprender relaciones comerciales o de otro tipo con la fundación (proveedores, clientes); informe erróneo o mendaz sobre un beneficiario de la fundación emitido desde idéntica función que perjudica al informado, etc.;
- d) empleado de la fundación injustamente despedido de su puesto de trabajo o actividad por el patrono-gerente tras enfrentamiento personal o funcional;
- e) beneficiarios de la fundación afectados por ciertas decisiones de los patronos en el mismo marco (ejercicio del cargo, función no representativa) que les perjudiquen directamente: privación o vulneración de derechos, discriminación o postergación en su disfrute, falta de publicidad de los beneficios de la fundación por negligencia grave que impide que alguna persona no pueda disfrutarlos teniendo derecho a ello.

III. CONCRECIÓN DE LA «FATTISPECIE». PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS FRENTE A TERCEROS

1. REGULACIÓN PLURAL EN DERECHO ESPAÑOL

La regulación de la responsabilidad de los patronos es insuficiente y deficiente en nuestras leyes de fundaciones, estatal y autonómicas (unas más explícitas que otras, a veces en el régimen de exención de responsabilidad). Veamos lo que esa normativa nos ofrece:

A) *Ley estatal de fundaciones* (1994): artículo 15, que, tras decir que «los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal», se refiere luego únicamente a su responsabilidad «frente a la

(10) Cfr. sentencias de 28 de diciembre de 1991 y 21 de mayo de 1992, y SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, *ad* artículo 135 LSA, págs. 324 y 329, en relación con la sociedad anónima.

fundación por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente». En el número 3 habla de la legitimación para entablar esa acción. Guarda total silencio acerca de la responsabilidad frente a terceros.

B) *Ley catalana de fundaciones* [LcatF]: artículo 12.1-c): «los componentes del patronato están obligados a: ...c) servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establecen la Ley y los Estatutos»; artículo 12.2: «los componentes del patronato son responsables del cumplimiento de estas obligaciones en los términos que establecen las leyes». La remisión a las leyes, sin concreción, permite pensar en la inclusión de cualquier perjudicado (también de los terceros).

C) *Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego* [LgallF]: el artículo 16.3 obliga a «los miembros del órgano de gobierno» de las fundaciones a «servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establezca la ley y los estatutos»; y el artículo 17.1 dice que «los miembros de los órganos de gobierno de la fundación son responsables, frente a ella, en los términos que establezcan las leyes. Quedarán exentos...»; y luego establece la legitimación para exigir esa responsabilidad.

D) *Ley 1/1990, de 29 de enero, de fundaciones canarias* [LcanF]: en términos prácticamente idénticos (arts. 11-c y 12.1) a la gallega. Nada tampoco (como en la ley estatal) sobre la responsabilidad frente a terceros.

E) *Ley 12/1994, de 17 de junio, vasca de fundaciones* [LvascaF]. Cabe reproducir lo dicho: el mismo régimen de obligaciones de los patronos (art. 13) y de responsabilidad de los mismos: «los miembros del órgano de gobierno son responsables frente a la fundación en los términos que determinen las leyes» (art. 15.1); en el número 4 regula la legitimación para ejercitar «dicha acción de responsabilidad».

La única excepción a tal silencio legal podemos encontrarla en el Reglamento Regulador del Protectorado de Fundaciones Gallegas (Decreto de 18 de junio de 1992), que prevé, junto a la acción fundacional de responsabilidad, una acción individual de responsabilidad contra los patronos que pueden entablar personalmente los beneficiarios y otros afectados. Volveré sobre ella cuando estudie tal acción.

La expresión demasiado parca y general de la ley catalana, con la remisión que hace, y el silencio de todas las otras (salvo el aludido Reglamento gallego) en punto a lo que aquí interesa, no es obstáculo para poder afirmar, rotundamente, que cuando los patronos causen ilícitamente daños a terceros (distintos de la fundación) en el ejercicio de su cargo de tales deben responder de los mismos según los criterios normativos generales sobre responsabilidad extracontractual de nuestro ordenamiento, sustancialmente el artículo 1.902 del Código Civil.

El problema no es tanto ése (responsabilidad sí o no), cuanto el de individualizar los supuestos en que resulten los patronos efectivamente responsables (es decir, los presupuestos exigibles), y el tipo de acción para hacer efectiva esa responsabilidad. De los presupuestos me ocupo seguidamente. De las acciones hablaré más adelante.

2. PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS FRENTE A TERCEROS

Aludidos ya brevemente al distinguir la responsabilidad de los patronos frente a terceros de la responsabilidad frente a la fundación, voy a concretar aquí, con mayores precisiones, los presupuestos específicos de aquella responsabilidad (la frente a terceros). Cuestión importante esta de su delimitación, porque ello permite, a su vez, diferenciar una y otra acción, lo que trasciende a los legitimados para ejercitarlas y otros extremos, y a los respectivos efectos (a la hora de cobrar el actor: directamente del patrimonio del demandado, o por conducto de la fundación y hasta donde pueda).

Tales *presupuestos específicos* son, sustancialmente, éstos:

A) *Acto ilícito*. Es el requisito primero de la responsabilidad civil (sin aquél no se produce ésta). Ha de ser acto de los titulares del órgano de gobierno de la fundación, y del mismo derivar una responsabilidad personal e individual de esos titulares (patronos), no del órgano (patronato) como tal. Recuértese lo dicho en apartado I.3.2.

La ilicitud, para que haya esta responsabilidad, puede consistir, según nuestras leyes de fundaciones, en el incumplimiento de las obligaciones legales o estatutarias que conciernen a los patronos, o en la existencia de negligencia o dolo en el desempeño de su cargo.

Como elemento estructural que es la actuación ilícita de la responsabilidad, y requisito para el éxito de la acción correspondiente, volveremos a verlo más adelante, en que concretaré el tipo de ilicitud que interviene aquí.

B) *Actuación en el ejercicio del cargo de patrono*. Esta es la nota típica, más caracterizada y mejor definidora de la responsabilidad que ahora estudio, porque si se trata de actos de esa persona, que es el patrono, al margen de sus funciones de gobierno de la fundación (por ejemplo, si atropella a un peatón conduciendo su automóvil particular), entonces se convierte en responsabilidad individual (de la persona concreta, no del patrono) y responde él personal e individualmente, como simple ciudadano, frente al tercero perjudicado (cfr. sentencia de 5 de diciembre de 1991, sobre responsabilidad de administradores de SA).

Para que haya lugar a la acción de responsabilidad del tercero perjudicado contra él o los patronos es imprescindible, pues, que el acto lesivo derive de

actuación de los patronos en el ejercicio de tal cargo, con independencia del hecho de que conozcan o no si ese acto estaba comprendido dentro de las competencias del órgano de gobierno de la fundación. Sólo importa, en cuanto afecta a este presupuesto, que objetivamente se haya realizado ejerciendo funciones de gobierno de la fundación: otra cosa es el tipo de ilicitud (a lo que podría afectar ese conocimiento de si ha actuado dentro de su competencia), que veremos también.

Más conflictivo es saber qué actos son o quedan comprendidos «en el ejercicio del cargo», pues son muy amplias las funciones que corresponden a los patronos.

En general se dice que la actuación del patronato, los actos de éste en el ejercicio de tal cargo, son actos de la fundación (persona jurídica que actúa por medio de su órgano). Mas hay que distinguir, pues las funciones del patronato son diversas. La Ley de Fundaciones de 1994 se refiere al patronato como «órgano de gobierno y representación» de la fundación (art. 12.1); en términos semejantes las leyes autonómicas.

Los actos de que responden los patronos frente a terceros son los realizados en el ejercicio del cargo, pero no obrando en nombre de la fundación, que vincularía a ésta y serían actos de la persona jurídica; aquellos actos serán, en la terminología del artículo 12.1 LF, los que hagan los patronos como órgano de gobierno (gestión, administración, ejecución) pero no en representación de la fundación (11).

Creo que también quedan comprendidos en el supuesto que me ocupa los actos de los patronos que, aun realizados en el marco de su cargo o función, no pertenezcan al ejercicio de las facultades atribuidas a su competencia orgánica (12); pero frente a terceros sólo nacerá la responsabilidad de que ahora hablo de una actuación culposa de los patronos siempre que, tratándose de actividad orgánica (como órgano de gobierno, en sentido amplio), se trate de actos de gestión y no representativos. En cambio, no será de su responsabilidad el acto lesivo que derive de una imperfecta organización o funcionamiento de la fundación, ni el que entre en el legítimo ejercicio de un poder discrecional suyo o provenga de lo que se llama riesgo de la empresa.

(11) Los mercantilistas distinguen —para una situación semejante en las sociedades anónimas y a efectos del art. 135 LSA— entre los actos de los administradores realizados dentro y fuera de la relación orgánica de los cuales respondería la sociedad en el primer caso y personalmente los administradores en el segundo. Cfr. POLO (*op. cit.*, pág. 373), que matiza esa posición y distinción, y limita la responsabilidad frente a terceros al caso de actuación no representativa del administrador, pero investido de ese cargo.

(12) Véase mi trabajo *Gobierno de la fundación y responsabilidad de los patronos* (referido a la Ley catalana de fundaciones), conferencia dada en las «Jornadas de estudio y reflexión» sobre dicha ley (Barcelona, 13-14 de junio de 1997), pendiente de publicación, al parecer, próxima.

Por razón de la protección de la apariencia jurídica y de la buena fe, deben calificarse como actos generadores de esta misma responsabilidad los de los patronos cuyo nombramiento es ineficaz (*ab initio* o *a posteriori*) por la causa que fuere y que no se refleje en la inscripción correspondiente en el Registro de Fundaciones, a relacionar con la buena fe del perjudicado.

En algún caso pueden resultar responsables los patronos por actos realizados por personas en quien ellos hayan delegado ciertas funciones (cfr. art. 14.1 LF): en otro u otros patronos (delegación de funciones *stricto sensu*) o nombrando apoderados —más dudoso, o no siempre, en cuanto a éstos, cuya responsabilidad deberá regirse en algún caso por las normas de la relación causal *subyacente*—. En todo caso, compete al patronato, como órgano de gobierno con responsabilidades en cuanto tal, controlar el ejercicio efectivo de las competencias y funciones que le alcanzan, aunque sea a través de esos delegados o apoderados de que pueden servirse, que no dejan de ser meros instrumentos en el desempeño de su cometido. En esa inteligencia, si tales delegados o apoderados realizaren algún acto ilícito de los que hemos considerado aptos para generar la responsabilidad que me ocupa, esta responsabilidad alcanza a los patronos por una culpa *in vigilando* por su deficiente control (que como órgano de gobierno les compete, según visto), y que puede llegar incluso a imponerles una actitud positiva de vigilancia y control (13).

C) *Lesión al interés del tercero: perjuicio directo*. Este perjuicio *directo* de los terceros es otra nota distintiva de la responsabilidad frente a ellos respecto de la frente a la fundación (extremo que aparece con claridad en el art. 135 LSA para la allí llamada «acción individual de responsabilidad»). Se trata de un daño sufrido por el titular del interés lesionado: daño directo o primario, y no daño reflejo (por repercusión) o indirecto. Obsérvese que ambos pueden quedar afectados por el acto ilícito de los patronos: daño cuantioso al patrimonio fundacional (por una gestión económica gravemente imprudente), que es directo para la persona jurídica e indirecto (al quedar arruinada) para los beneficiarios de la institución y acreedores de la misma. Esa exigencia de perjuicio directo del tercero justifica su acción directa frente a los patronos.

La dificultad fundamental, en cuanto a este presupuesto, se presentará, a veces, en la práctica, en un doble sentido: *a)* a la hora de establecer el nexo de causalidad entre el comportamiento ilícito del patrono y el daño (directo) del perjudicado, por la posible relación con e interferencia de la persona jurídica en algún caso (cfr. sentencia de 21 de mayo de 1992, en que fue ese problema de relación de causalidad el que frustró la acción individual contra los administradores de una SA); y *b)* la distinción del daño directo del indirecto. Cuestión importante esta última, pues sólo respecto del directo, cuando

(13) Cfr. POLO, *op. cit.*, pág. 293, para la responsabilidad de los administradores de SA.

lo sufran, pueden ejercitar los terceros su acción individual, directa, y cobrar ellos solos y directamente lo que pueden de los patronos demandados; porque si los daños son directos para la fundación e indirectos para los terceros, legitimada para reclamar el resarcimiento es sólo la fundación y ésta cobrará lo que pueda, y únicamente por su conducto y hasta donde les llegue los acreedores y otros perjudicados (14).

La diferencia, en mi opinión, estaría en que se trata de daños indirectos para los terceros (de quienes me ocupo ahora) si la disminución patrimonial de la fundación reduce la posibilidad de cobrar los acreedores de la misma, o de percibir los beneficios fundacionales los beneficiarios, o los ven disminuidos. Daños directos serían los demás: el perjuicio de los terceros no pasa por el de la fundación, sino que les llega de forma inmediata (negación a un enfermo de un tratamiento médico por decisión del patrono encargado de ese servicio; exclusión de un profesional por el patronato en la gestión de un servicio concreto de la fundación).

IV. ACCIONES A DISPOSICION DE LOS TERCEROS FRENTE A LOS PATRONOS

1. EN GENERAL. NECESIDAD DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

Me refiero ahora a los mecanismos de que pueden disponer los terceros perjudicados en los términos que acabamos de ver para obtener la reparación correspondiente a la responsabilidad de los patronos: la acción o acciones que ejercitar y sus principales problemas y soluciones.

En la Ley catalana de fundaciones —la más explícita a este respecto— no hay otra referencia normativa que la expresión ya transcrita de su artículo 12.3 (cuando concede legitimación a «aquellos que estén legitimados de acuerdo con las leyes»: en idénticos términos las leyes gallega y canaria). Callan, en cambio, la ley estatal y la vasca. Ante tal parquedad normativa, además de las leyes generales y por su propia deficiencia (¿laguna legal?) habrá que recurrir a los procedimientos legales de integración. A este respecto, cabe pensar en una doble vía de reclamación de responsabilidad por los terceros frente a los patronos por actos ilícitos y lesivos de éstos en el ejercicio de sus funciones y competencias: me refiero a la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil cuando la propia fundación no haya accionado contra los patronos reclamando en nombre propio por sus perjuicios, y a la acción directa de los terceros frente a los mismos patronos causantes del daño.

(14) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 323, y jurisprudencia que cita, referida a actos de administradores de SA.

Por múltiples razones no puedo detenerme ahora a estudiar con detalle ambas acciones y sus concretos problemas. Me limitaré a justificar la procedencia de la primera, seguidamente, y las cuestiones más interesantes o conflictivas que suscita la segunda, en el próximo apartado.

2. ACCIÓN SUBROGATORIA

La subrogatoria, por lo que aquí interesa, es una acción general a disposición de los acreedores que no pueden cobrar de otro modo cuanto se les debe (art. 1.111 del Código Civil), como instrumento para hacer efectivo (aquí) un interés legítimo del 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.

Recuérdese que la acción subrogatoria viene definida como la acción del *creditor creditoris* (aquí, el tercero, respecto de la fundación) contra el *debitor debitoris* (el patrono, respecto de la fundación). Se trata de una acción indirecta para el caso de que el tercero (por ejemplo, un acreedor) perjudicado no pueda cobrar de su deudora, la fundación, por insuficiencia del patrimonio de ésta. Es un caso de separación entre titular de la acción y legitimado para su ejercicio (legitimación indirecta por sustitución). En este caso están legitimados los terceros, acreedores y beneficiarios de la fundación, para reclamar contra los patronos por los perjuicios causados a la fundación si no lo hace esta última contra aquéllos (cosa posible por cuanto son los propios patronos los gestores de la persona jurídica y muy probablemente no acordarán que ésta accione contra ellos). Esa legitimación es sólo de ejercicio —la acción es de la fundación, perjudicada directa—, de carácter subsidiario respecto de la propia fundación (si no reclama ella) (15).

En apoyo de la viabilidad de esa acción subrogatoria en nuestro caso, además de su justificación *ex* artículo 1.111 del Código Civil, cabe citar el artículo 134.5 de la LSA («los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o los accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos»), aplicable aquí por analogía en

(15) La doctrina mercantil admite, en general, esta acción subrogatoria a favor de los acreedores que no pueden cobrar de otro modo; acción de que es titular la sociedad, y los acreedores *gozan* de una mera legitimación para su ejercicio, con carácter subsidiario y en interés de la sociedad (cfr. POLO, *op. cit.*, pág. 298, y doctrina que cita). Este autor dice que esa legitimación de los acreedores «no deja de ser bien una variante de la acción subrogatoria establecida en el artículo 1.111 del Código Civil (...), bien una aplicación específica de la misma».

lo menester, habida cuenta de que el régimen de responsabilidad de los patronos de la fundación es prácticamente idéntico al de los administradores en las sociedades anónimas —todas esas normas siguen la línea marcada por la Propuesta de Quinta Directiva comunitaria relativa a sociedades mercantiles—.

En nuestra doctrina, y en ese contexto legal, alude a esta acción subrogatoria como apta para exigir responsabilidad los terceros frente a los patronos de una fundación R DE LORENZO (16).

En esa inteligencia tienen legitimación activa los acreedores de la fundación para el ejercicio de esta acción y exigencia de responsabilidad; legitimación subsidiaria, por cierto: sólo en el caso de que la reclamación no haya sido realizada antes por la fundación contra sus patronos autores del acuerdo lesivo, acto ilícito y perjudicial, como ocurre en general en la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil, y en la acción *ex* artículo 134.5 LSA.

Otro requisito para el ejercicio de la subrogatoria es la necesidad de insuficiencia del patrimonio de la fundación para hacer frente a la indemnización por su incumplimiento contractual: es el requisito de «después de haber perseguido los bienes de que está en posesión el deudor [sin éxito, obviamente] para realizar cuanto se les debe», del artículo 1.111. En este punto puede haber algún problema para el ejercicio de esa acción por los acreedores en orden a la prueba de insolvencia: pienso que puede obtenerse de la rendición de cuentas de la fundación al Protectorado (cfr. art. 15 en relación con el 13 LcatF) —salvo dificultad legal de estos terceros acreedores para obtener del Protectorado esos datos—.

Por lo demás, en cuanto a la mecánica funcional de la acción subrogatoria, me remito a la doctrina y jurisprudencia correspondiente, que omito aquí por general y poco problemática.

V. REGIMEN JURIDICO DE LA ACCION INDIVIDUAL O DIRECTA DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS PATRONOS

1. SU JUSTIFICACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Ni siquiera aludida en las otras leyes españolas de fundaciones, y tampoco prevista directamente en la ley catalana, es, sin embargo, ésta la única que permite argumentar mejor a su favor por cuanto dice que la acción de respon-

(16) «Mediante el encuadre de la pretensión de indemnización —dice— en el campo de aplicación de la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil» (*op. cit.*, pág. 137, donde se remite a VICENT CHULIÀ, que invoca aquella acción para el caso de acreedores de la sociedad anónima).

sabilidad podrá ser ejercida «...o por aquellos que estén legitimados de acuerdo con las leyes». La amplitud de esta expresión permite pensar en la legitimación de los terceros perjudicados frente a los patronos responsables.

Mas tampoco es esta acción totalmente ajena a nuestra legislación de fundaciones. A otro nivel normativo, el Decreto regulador del Protectorado de fundaciones gallegas prevé, junto a la acción fundacional, una acción individual de responsabilidad contra los patronos que pueden entablar personalmente los beneficiarios y demás afectados por la actuación de la fundación para obtener la indemnización que les corresponda por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente sus derechos o intereses legítimos (art. 15). Por otro lado, en un ámbito jurídico próximo, referente también a personas jurídicas —cuyo parecido con las modernas fundaciones ya he **destacado**—, el artículo 135 LSA, además de la acción social, se refiere a «las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos».

Con estos precedentes legales creo que se puede sostener seriamente la viabilidad de la acción directa o individual —para distinguirla de la acción de responsabilidad de la fundación *versus* patronos— dentro del plural ordenamiento español de fundaciones. La doctrina (poca) que se ha ocupado de la cuestión es favorable: R. DE LORENZO (17) invoca el artículo 135 LSA como similar al supuesto aquí estudiado. Yo creo también que cabe aplicar dicho precepto por analogía a nuestro caso si se estima que hay laguna legal en cuanto no prevista directamente esta acción para fundaciones (silencio en las leyes de fundaciones estatal, gallega, canaria y vasca; parca y sólo indirecta alusión en la catalana, y de difícil cobertura con las leyes generales). Aplicación analógica, ya que, como exige el artículo 4.1 del Código Civil, hay un supuesto de hecho específico no contemplado por la norma aplicable (leyes de fundaciones), hay relación de semejanza entre el supuesto regulado (responsabilidad de los administradores de la SA, en su ley) y el problemático (la de los patronos de la fundación), y cabe apreciar identidad de razón en la solución: esto me parece indiscutible; no se me alcanza que hoy deba ser distinta la de los patronos de una fundación que la de los administradores de una SA para sus relaciones con terceros perjudicados (siquiera deba matizarse en algún aspecto a la hora de la aplicación efectiva de la norma).

Pero, aun sin necesidad de esa argumentación —sólo de valor subsidiario, en mi *opinión*—, la razón más sólida que puede justificar en nuestro

(17) La llama «acción *individual* o propia de responsabilidad frente a los patronos o administradores de la fundación» (*op. cit.*, pág. 137) y remite al artículo 1.902 y sigs. del Código Civil.

sistema jurídico esta acción, con uno u otro nombre, es el artículo 1.902 del Código Civil, norma general de fondo, ya que si hay un daño directo sufrido por ciertas personas —que aquí llamamos terceros para distinguirlos de la fundación con la que se relacionan— y causado por otras en el ejercicio del cargo y función de patronos, aquellos perjudicados están legitimados contra éstos en su calidad de patronos (con que actuaron) para el resarcimiento de los perjuicios sufridos: en realidad no se trata de otra cosa, aunque por mimetismo se le haya buscado otro nombre y justificación, con otros argumentos legales.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Si, como vengo diciendo, el fundamento último de esta acción es el perjuicio directo causado a ciertas personas por actuación ilícita de los patronos en el ejercicio de su cargo y no representando a la fundación, y, por otro lado, no hay conexión previa entre dañadores y perjudicados —a diferencia de la que sí hay cuando la perjudicada es la fundación—, resulta que estamos, sin duda, ante una acción del artículo 1.902 del Código Civil: por tanto, se trata de una acción de responsabilidad extracontractual, con independencia de la relación jurídica básica que haya dado lugar a la responsabilidad (18).

Las dudas sobre su naturaleza jurídica se han producido porque los patronos actúan en tal calidad y en ejercicio del cargo, lo que obliga a pensar *prima facie* en la responsabilidad de la propia fundación por quien aquéllos actúan; más ya aludí en su momento a por qué no queda obligada ésta sino los patronos (sobre su diferencia con la acción social de responsabilidad de los administradores, cfr. sentencias TS de 21 de mayo de 1985, 4 de noviembre de 1991 y 21 de mayo de 1992).

Por razón de la naturaleza de la acción que ahora estudio será exigible una relación directa entre el acto lesivo del administrador (aquí, de los patronos) y el daño al tercero acreedor, y la intervención de culpa o negligencia en la actuación de los patronos, entendidas éstas en el sentido general del Código Civil y en el ámbito del artículo 1.902 del Código Civil. Necesaria es también la prueba de una relación de causalidad entre la acción dolosa o culposa y el perjuicio habido; este nexo de causalidad ha sido reiteradamente exigido por la jurisprudencia (véase sentencias TS de 21 de mayo de 1985, 3 de abril de 1990 y 13 de febrero de 1990).

(18) Véase, en la doctrina mercantil y para la acción individual *ex* artículo 135 LSA, POLO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 375 y sigs., y SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 331-332, con otras referencias doctrinales y jurisprudenciales.

3. MODIFICABILIDAD EN ESTATUTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

Los mercantilistas se han preguntado —y cabe reiterar la pregunta para las fundaciones— si cabe introducir en los estatutos correspondientes alguna cláusula de modificación de responsabilidad de los administradores (aquí, de los patronos), en particular las de exclusión o de limitación de la misma, sea a causas determinadas o en relación con la culpa o su presunción o prueba. Prestigiosos autores como GARRIGUES y QUIJANO GONZÁLEZ (19), en relación con la LSA de 1951, calificaron como de orden público el régimen de responsabilidad de los administradores de SA y, por tanto, inderogable por cláusulas estatutarias. Posición que suscriben ahora los comentaristas de la actual Ley de SA de 1991 (20), y que parece, en principio, aplicable a las fundaciones, cuyas normas sobre responsabilidad hay que entender, por ello, como de *ius cogens*.

Es cierto que esa doctrina mercantil se formó cuando, bajo la Ley de 1951, la responsabilidad de los administradores era sólo por dolo o culpa lata, y para la culpa contractual: tal solución era congruente con el artículo 1.102 del Código Civil. Hoy aquella responsabilidad no queda limitada al dolo y culpa grave, y conocido es que la doctrina y la jurisprudencia han terminado admitiendo la modificabilidad por pacto de la responsabilidad contractual dentro de ciertos límites (sobre todo, siempre que no deba entrar en juego el art. 1.102 del Código Civil). Ello me obliga a replantear la pregunta inicial, referida sustancialmente a las fundaciones.

No obstante la última observación hecha para los casos de culpa leve, yo creo que puede mantenerse la afirmación que hice, acorde con la doctrina mercantilista. Hay dos razones para sostenerla: de un lado, en materia de culpa extracontractual —que es la nuestra—, con mayor carga desvalorativa del ilícito civil y menos margen de pacto, la modificabilidad de la responsabilidad en estatutos es menos viable; amén de que esta responsabilidad está presidida por principios de Derecho imperativo. Por otra parte, recuérdese que el margen de libertad en la redacción de los estatutos de las fundaciones encuentra un primer límite en las propias leyes especiales: artículo 9.2 LF, artículo 9.3 LcatF, artículo 6 LcanF y artículo 7.3 LvascaF; cfr. también artículo 6 LgallG (que habla de «condiciones lícitas»). En consecuencia, las cláusulas estatutarias contrarias al régimen legal de responsabilidad serán nulas

(19) GARRIGUES, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, Madrid, 1976, pág. 166; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, 1985, pág. 275.

(20) URÍA: «el sistema de responsabilidad [de la LSA] es de orden público y serán nulos los pactos estatutarios que lo alteren o modifiquen» (*Derecho Mercantil*, 19.^a ed., 1992, pág. 344). SÁNCHEZ CALERO (*op. cit.*, pág. 265) considera que la cláusula de modificación de responsabilidad sería radicalmente nula.

(por contrarias a la ley) y se tendrán por no puestas (nulidad parcial: opinión, por ejemplo, de CAFFARENA y de DE PRADA) (21).

VI. ELEMENTOS O REQUISITOS PARA EL EXITO DE LA ACCION INDIVIDUAL O DIRECTA DE RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

Como no es posible, ni necesario, aludir aquí con detenimiento a todos los elementos y requisitos para que prospere la acción de responsabilidad de los patronos —pues se aplican las reglas generales de la responsabilidad extracontractual—, voy a referirme sólo a aquellos extremos que tienen alguna particularidad en lo que a nuestro caso concierne y merecen especial atención. Me ocuparé, así, de:

- a) el acto determinante de la responsabilidad;
- b) la omisión de la diligencia debida por los patronos.

Prescindo del daño y de la relación de causalidad, que no presentan aquí ninguna especificidad y se rigen por las reglas generales y jurisprudencia conocida (rigor en su exigencia y prueba).

Examinaré luego, separadamente, la acción de responsabilidad, con los principales problemas (legitimación, objeto, efectos, prescripción).

1. EL ACTO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD

La actuación lesiva generadora de responsabilidad ha de proceder de los patronos, individualmente (no como órgano de la fundación), puesto que son ellos los que de esa misma forma han de responder de los perjuicios producidos. Puede tratarse de actuación individual separada (en el caso de atribuciones delegadas), o de actuación conjunta de todos o varios actuando como patronato (acuerdos del mismo, en el marco de su cargo y funciones orgánicas: recuérdese lo dicho al respecto). En todo caso, debe tratarse la actuación de los patronos, sea individual o colectiva, dentro del ámbito de competencias que les corresponden en uno u otro caso (excepcionalmente, por extralimitación de las mismas, pero no fuera del ámbito competencial) —recuérdese lo dicho en III.2-B—. Tanto la validez como las consecuencias de los actos que

(21) CAFFARENA LAPORTA, *ad* artículo 9 LF, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid (Escuela Libre Editorial-Marcial Pons), 1995, pág. 84; DE PRADA GONZÁLEZ, «LOS estatutos y su modificación», en *Derecho Privado y Constitución*, enero-abril 1996, pág. 105 y sigs.

realicen al margen de tales competencias siguen otro régimen jurídico (el de las reglas ordinarias de la responsabilidad individual, no como patronos).

A su vez, puede distinguirse —y lo hacen los mercantilistas en relación con la sociedad *anónima*—, dentro de los actos colectivos de los patronos, su actuación simultánea (caso de los acuerdos del patronato que puedan resultar fuente de responsabilidad) o sucesiva, cuando se prolonga en el tiempo (sustitución de administradores o patronos). En estos supuestos habrá de decidirse en cada caso, según proceda, de acuerdo con las circunstancias correspondientes (22).

La doctrina mayoritaria entiende comprendido en aquel concepto de acto también las conductas omisivas —obligación primera de los patronos, se dice, es, en principio, la de desempeñar su cargo, y cuando no gestionan incumplen tal obligación por omisión—; en particular, la inactividad de los patronos cuando sus obligaciones, legales o estatutarias, exigían de su parte el actuar. Es ésta, por otro lado, la regla general de Derecho común en orden al acto ilícito generador de responsabilidad, que comprende la omisión (art. 1.902 del Código Civil) (23). Mas, en opinión de algunos, que comparto, es delicada la interpretación e inclusión aquí de una forma general o lineal de las conductas omisivas, sin discriminación, sobre todo cuando la inactividad se refiera a supuestos en que no hay un concreto y previo deber de actuar, y se trata de actos neutros (otros hablan de «actos separables») en los que es cuestión de oportunidad y un tanto aleatoria la indicación de actuar o no (24). Por ello, sólo una valoración *in concreto* de cada supuesto permitirá concluir si la omisión se refiere o no a una situación en que lo debido era actuar, y el no haberlo hecho supone una dejación de funciones o falta de diligencia, o sólo a una mera omisión en una situación en que era discrecional y cuestión de oportunidad, efectivamente, el decidir en uno u otro sentido. Mas con tal planteamiento resulta que en alguna ocasión habremos desplazado el problema desde el ámbito de la acción al de la culpabilidad.

Entre las pocas normas autonómicas que hablan de omisión, lo hace el artículo 35 del Reglamento del Protectorado de las Fundaciones Canarias (Decreto de 19 de septiembre de 1990), que exige «reiteradas omisiones» del patronato (respecto del cumplimiento de sus obligaciones *ex* art. 11 LcanF) para el ejercicio por el Protectorado de la acción de responsabilidad de su artículo 12.2-*b*). Hay que entender, para esa legalidad, que la exigencia de omisiones reiteradas se limita al caso y acción a que se refiere aquel precepto (responsabilidad frente a la fundación por daños causados a ésta), mas no para

(22) SALELLES-VERDERA, *op. cit.*, pág. 194.

(23) Véase, sobre actuación omisiva, la sentencia de 21 de junio de 1991, y LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil* t. II-2.^o, Madrid, 1999, pág. 466.

(24) Cfr., de nuevo, SALELLES-VERDERA, obra citada, pág. 192.

otros supuestos de responsabilidad y otros legitimados, en que bastará una sola omisión negligente. Así, también, para las otras leyes de fundaciones, estatal y autonómicas.

Una forma particular de omisión puede ser la de no atender los patronos las advertencias del Protectorado sobre cumplimiento de sus obligaciones, contemplada en el artículo 15.1.d) LcatF, en cuanto permite al Protectorado iniciar acciones de responsabilidad ante los tribunales ordinarios en tal caso. No obstante esa presentación negativa (no atender los patronos...), en la realidad, y en cuanto acto o actuación, puede ser también de signo positivo, haciendo los patronos lo que el Protectorado advierte no hacer y sería tal la obligación de los patronos, que dejan así incumplida.

Como la gestión de los patronos —y la de los administradores de las SA, de cuyo ámbito proviene el planteamiento de la cuestión: cfr. art. 133.2 LSA— puede referirse tanto a la toma de decisiones (caso tipo) como la ejecución de otras anteriores, también en estos últimos supuestos puede haber lugar a responsabilidad cuando una diligente actuación aconseje no ejecutar acuerdos o decisiones anteriores, si es posible dejar de cumplirlos o es posible hacerlo en términos distintos a los acordados inicialmente, según los parámetros normativos de diligencia exigible. Se trata, sencillamente, de la aplicación de las normas pertinentes sobre responsabilidad (y su exención) (cfr. art. 15.2 LF, y homólogos de las leyes autonómicas).

2. OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA

Es este el elemento más complejo, que requiere atender a varias cuestiones.

2.1. *El elemento normativo de la diligencia exigible*

El centro de gravedad de la responsabilidad de los patronos (en la LF y otras autonómicas frente a la fundación; en la LcatF, en términos más generales) gira alrededor de la idea y elemento normativo de la diligencia con que deben actuar, cuya omisión determina la responsabilidad correspondiente. La formulación de tal elemento es diferente, aunque próxima, en las distintas Leyes de fundaciones, estatal y autonómicas, y en las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, influidas todas por directivas comunitarias en materia de sociedades y personas jurídicas (25). Esa proximidad

(25) Cfr. la Propuesta Modificada de Quinta Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, artículos 14 a 21, relativos a la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de dirección de las sociedades anónimas.

jurídica e idéntica filiación, aunque con distintos desarrollos legales, permite manejar ideas y llevar soluciones de unos campos a otros, y traer aquí las mejor elaboradas por la doctrina mercantil y jurisprudencia recaída sobre sociedades, más abundante; el argumento y aplicación analógica, cuando sea preciso, lo autoriza sin gran violencia.

Las normas básicas en esta materia en nuestras leyes de fundaciones difieren más en la forma que en el fondo. La LF 1994 dice que los patronos deberán desempeñar el cargo con la *diligencia de un representante leal*, y que responderán frente a la fundación por los daños y perjuicios que causen «por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente» (art. 15.2). En términos muy semejantes, las leyes autonómicas, salvo la LcatF, cuyo artículo 12.2 dice: «los componentes del patronato son responsables del cumplimiento de esas obligaciones en los términos que establecen las leyes». Hay, pues, una doble remisión: a las obligaciones de los patronos —en el art. 12.1 LcatF son: cumplir estrictamente los fines fundacionales, según estatutos; gestión eficiente de los bienes y rendimientos de la fundación, según criterios financieros y las circunstancias económicas; y «servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establecen la ley y los estatutos»—, y a «las leyes», sin más. Más críptico y problemático es este segundo parámetro que aquél.

En mi opinión, la obligación de servir al cargo «con la diligencia de un administrador [o representante] leal» es la más importante y específica a nuestros efectos, porque proporciona el criterio jurídico básico para el cumplimiento de las otras dos obligaciones: tanto la del cumplimiento de los fines fundacionales como la de gestión eficiente de los bienes y medios de la fundación: ambas cosas se pueden llevar a cabo con mayor o menor acierto y variables resultados (aleatorio y contingente todo esto), pero en todo caso es exigible que se haga e intente cumplir con la *diligencia de un administrador leal*. Aquí está, insisto, el elemento normativo esencial, aunque en su valoración e interpretación influyan, adjetivamente, los fines fundacionales y los criterios exigibles de gestión eficiente.

Ese es el dato y punto de referencia esencial en la determinación de la responsabilidad de los patronos: la diligencia (que les exige la ley) de un *administrador leal*. Es la expresión empleada en las leyes catalana, gallega y canaria de fundaciones, a diferencia de la vasca y la estatal, que hablan de «diligencia de un representante leal» (idéntica en el Decreto de fundaciones culturales de 1972; en la LSA y LRL, «diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal»).

Por lo demás, es muy razonable el vincular la responsabilidad con el deber legal de diligencia exigido a los administradores (en las sociedades mercantiles) y a los patronos (en las fundaciones) en el ejercicio de sus funciones: la responsabilidad aparece, así, como la consecuencia del incum-

plimiento de dicho deber legal. Más delicado y complejo es qué deba entenderse aquí por «diligencia de un administrador leal» o de un «representante leal».

Abandonada la tesis del mandato (en cuyo art. 1.719 del Código Civil se hace referencia a la diligencia de un buen padre de familia, lo que parece hoy insuficiente en el complejo ámbito empresarial en que se mueven estas entidades), cabría recurrir a la definición de diligencia en el artículo 1.104-1.º del Código Civil (la que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar). Mas obsérvese que nuestras leyes de fundaciones no se remiten a esa norma general, sino que son más concretas y hablan de la diligencia de un «administrador leal» (o de un «representante leal»), en atención a la creciente proximidad funcional de las fundaciones a las sociedades mercantiles en su actividad socioeconómica y dinamicidad de su gestión (a que aludí) (26).

Sin entrar en la discusión de cuál es la expresión más adecuada o afortunada, y dejando aparte la concreta de la LSA por su especificidad mercantil, creo que es mejor la de las leyes catalana, gallega y canaria que las de las leyes vasca y estatal, cuya alusión a «representante» crea problemas especiales (obliga a pensar en las relaciones internas y externas vinculadas a la representación en la persona jurídica), mientras que la referencia a administrador, además de conectar con las otras obligaciones legales de los patronos, se adecua mejor a su moderna función de gestor, que compete a los patronos (y es en ese ámbito gestor donde se genera esta responsabilidad) más que la de mero representante. En todo caso, parece quedar clara la idea de que al patrono le es exigible la diligencia de quien atiende negocios e intereses ajenos, y el sentido cada día más técnico, cuasi-profesional, que comporta ese tipo de gestión referidas a personas jurídicas como las sociedades y las fundaciones [cfr. art. 13-*b*) LvascaF, que habla de «criterios económico-financieros de un buen gestor»; y art. 12.1-*b*) LcatF: «según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas»].

En cuanto a los criterios de diligencia exigible —además de los de lealtad, próxima a la buena fe y standards jurídicos semejantes—, habrán de relacionarse, por lo abstracto, de suyo, de la diligencia, con las circunstancias concretas de cada caso y fundación (objeto y actividad, estructura de la misma, patrimonio y medios materiales, número de beneficiarios, etc.), y posición de los patronos dentro del órgano de gobierno con una valoración más objetiva

(26) Un ejemplo de esto, y en una sola actividad socioeconómica, es la proliferación y conversión en fundaciones privadas de hospitales, tanto públicos como privados: es obvio que su gestión profesionalizada se aproxima mucho por su complejidad, si no se identifica del todo (por la inexistencia de ánimo de lucro) a la de las sociedades mercantiles.

que subjetiva (27), lo que no se opone a que también deba ser considerada la función y competencias concretas según estatutos que tengan el o los patronos cuestionados. En este último aspecto no podrá prescindirse, igualmente, de la referencia que puedan hacer los estatutos a las facultades y deberes de los patronos [art. 12.1-c) en relación con el 9.1-e)].

2.2. La ecuación diligencia/responsabilidad

Las leyes catalana y vasca (no muy distintas la gallega y la canaria) son más sencillas que la estatal en su referencia a los supuestos de responsabilidad, pues si bien esta última los menciona *in concreto* (actos contrarios a la ley o a los estatutos y los realizados negligentemente), aquéllas se limitan a establecer la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones legales de los patronos «en los términos que establecen las leyes». Yo pienso que esa alusión en la estatal a la «ley» y en las autonómicas a «las leyes», sin mayor concreción, supone una remisión genérica a las que sean de aplicación en cada caso y aspecto; no es, siquiera, la propia ley de fundaciones, sino el Ordenamiento jurídico en general: más en concreto, cualquier violación de normas de carácter imperativo.

Con ello resulta que la responsabilidad de los patronos queda vinculada, sustancialmente, a la negligencia en el desempeño del cargo, a la omisión de la «diligencia de un administrador leal» en los términos recién vistos. Por tanto, no ha lugar a distinguir aquí, en vista del artículo 15.2 LF —como hacen algunos mercantilistas en relación con el art. 133.1 LSA, idéntico a aquél—, como fuentes de responsabilidad entre conductas antijurídicas (actos contra la ley o contra los estatutos de los que deriven los daños resarcibles) y conductas culposas (incumplimiento de cualquier otra obligación que compete a un administrador leal, por negligencia), en tanto que supuestos sujetos a tratamiento diferente.

Ni me parece que pueda considerarse implícita o absorbida la culpabilidad en la antijuricidad que supone el acto contra ley o estatutos —especie de responsabilidad objetiva— (28), pues antijuricidad y culpabilidad son elementos distintos de la conducta generadora de responsabilidad frente al perjudicado (29) y la actuación contra ley o estatutos, expresión de antijuricidad,

(27) Así, también, SALELLES-VERDERA, *op. cit.*, pág. 186. En el mismo sentido, la doctrina mercantilista para las sociedades anónimas: cfr. POLO, *op. cit.*, pág. 133, y SÁNCHEZ CALERO, obra citada, pág. 107 y sigs.

(28) Tesis, si no he entendido mal, de DE LORENZO (*op. cit.*, pág. 136), y de algunos mercantilistas: cfr. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 251.

(29) Sobre el elemento antijuricidad y su diferencia respecto de la culpabilidad, en la responsabilidad ex artículo 1.902 del Código Civil, cfr. LACRUZ y otros, *Elementos*, cit., t. II-2.º, Madrid, 1999, pág. 468 y sigs.

no exime del requisito de culpabilidad. Por ello, creo que en el marco de la responsabilidad extracontractual en que aquí estamos, que no es un supuesto de responsabilidad objetiva, en mi opinión, es exigible siempre el requisito subjetivo del dolo o culpa (art. 1.902 del Código Civil) para que el obligado deba responder de los perjuicios derivados de su actuación, ilícita, antijurídica, por más que, tratándose la de los patronos de una obligación de actividad y no de resultado, la culpa, ineludible en principio, tenga trascendencia jurídica porque consiste precisamente en el incumplimiento de aquella obligación (con lo que aparece más desdibujada) (30).

Lo mismo puede decirse, incluso con más contundencia, por cuanto callan sobre infracción de ley o de estatutos para las leyes autonómicas: no procede aquella distinción (conductas antijurídicas y conductas culposas) ni se puede prescindir de la exigencia de culpa en el patrono incumplidor «de sus obligaciones en los términos que establecen las leyes»; y salvo los casos de incumplimiento de las obligaciones relativas a los fines fundacionales y a la gestión eficiente del patrimonio, que casi siempre quedarán absorbidas en la obligación general de diligencia, el requisito fundamental para la responsabilidad de los patronos es su omisión de diligencia, incluso en el supuesto de actos *contra legem* o contra estatutos, en que también se requiere la existencia o prueba de la negligencia.

El acto contra ley o contra estatutos no supone tampoco una presunción de culpa, como pretenden algunos, aunque en tal caso su prueba será más fácil (sencillamente, porque no es demasiado diligente el patrono que actúa contra ley o contra estatutos).

2.3. Exoneración de responsabilidad de los patronos

A) *Las leyes estatal, gallega, vasca y canaria —no en la catalana—*, inspirándose en el Decreto de Fundaciones Culturales de 1972 y en la LSA, establecen causas de exoneración de los patronos (31). Así, el artículo 15.1 LF dice que «quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción» (cfr. arts. 17.1 LgallF, 12.3 LcanF y 15.2 LvascaF).

Con referencia al artículo 133.2 LSA, semejante al 15.1 LF, ha dicho algún mercantilista (32) que la tipificación normativa de ciertos supuestos de exoneración responde a la idea de compatibilizar las consecuencias de la

(30) Sobre la cuestión, muy debatida en la doctrina mercantilista para las sociedades anónimas, cfr. POLO, pág. 290, y SÁNCHEZ CALERO, pág. 251 y sigs., y citas que hacen.

(31) Siguiendo la línea y técnica del artículo 18.2 del Código Civil italiano (cfr. BENNANI, *op. loc. cit.*, pág. 1180 y sigs.).

(32) QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 266.

colegialidad del órgano de gobierno con el principio de responsabilidad personal por culpa de los administradores. Comparto esta idea, y en aras de esa necesaria compatibilización de las consecuencias de la colegialidad del patronato y el evidente principio de responsabilidad personal y por culpa de los patronos, hay que concluir que estos últimos quedarán exonerados en los casos en que pueda probarse que no participaron o que su participación en la adopción de acuerdos lesivos no fue negligente. Y ello es válido incluso para la Ley catalana, aunque no lo disponga explícitamente como las otras antes indicadas: sencillamente, porque hay que entenderlo implícito en el régimen de responsabilidad por culpa que establece, y por aplicación de las reglas generales y principios jurídicos (personalidad de la culpa y de la responsabilidad). Con la ventaja, cabría añadir, que al no mencionar la Ley catalana supuestos concretos de exención de responsabilidad no se plantea el problema de si sólo caben esos, o también otros —pues es evidente que será siempre causa de exención de responsabilidad la ausencia de culpa de los patronos, para lo que podrán alegar cuantos hechos estimen oportunos y emplear todos los medios probatorios—.

B) Sobre las *causas de exoneración de responsabilidad* de los patronos cabe añadir y concretar lo siguiente:

- a) Que un régimen de exención de responsabilidad, como el que establecen nuestras leyes de fundaciones arriba mencionadas, sólo cabe en relación con los daños producidos por una decisión del órgano de gobierno en actuación colegiada. Cuando se trate de acto individual de uno o varios patronos, acorde con sus funciones o competencias (caso de delegación de facultades), la responsabilidad será también individual, según el criterio de la *diligencia/negligencia* en los términos antes dichos.
- b) Cuando se trate de decisión colegiada del órgano de gobierno que perjudique a terceros podrán quedar exentos de responsabilidad los patronos que se encuentren en estos supuestos:

1. Que *no hayan participado en la adopción del acuerdo* (art. 15.2 LF), por causa que no les sea imputable (el absentismo puede ser ya una forma de incumplimiento de su cargo): parece evidente, porque su no participación impide, en principio, imputarles la decisión y el perjuicio producido. Plantease, sin embargo, la cuestión de si basta la mera ausencia de un patrono y, por ello, su no participación en la adopción del acuerdo para exonerarle. Cierta doctrina italiana sobre fundaciones, y aquí la doctrina mercantilista (33),

(33) F. FERRARA (hijo) en su comentario de *Le persone giuridiche*, de su padre F. FERRARA, reimpresión de la 2.^a ed., Turín, 1958, pág. 286. Entre los mercantilistas, cfr., a título de ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, pág. 266.

discuten al respecto en vista de los textos legales respectivos. En nuestro caso, y siendo criterio rector el de la diligencia/negligencia, habrá que tener en cuenta si el patrono ausente conocía o no el orden del día de la reunión del patronato y el acuerdo que se iba a votar y en su caso adoptar, pues si lo conocía y era razonablemente previsible que podía ser dañoso, le era exigible que, como administrador leal y diligente que debe ser, se hubiera opuesto a la adopción del acuerdo en la forma pertinente y posible (tratando de asistir a la reunión, o como fuere). Por tanto, en este caso, la mera ausencia o pasividad del patrono no siempre le exonerará: o le será imputable, a él también, el acuerdo y sus consecuencias, o le competirá demostrar a él la no exigibilidad de otra conducta y su ausencia de culpa o negligencia (por ejemplo, ausencia justificada, imposibilidad de asistencia o de oposición al acuerdo, etc). En ese sentido parecen ir el viejo Decreto de fundaciones culturales de 1972 (art. 16.1), y las leyes vasca (art. 15.2) y canaria (art. 12.3), que excluyen la exoneración aun en el caso de no participación en el acuerdo si se prueba que el patrono tenía conocimiento del mismo y no expresó su disenso (también el art. 18.2 del Código Civil italiano).

Pero la cuestión de la responsabilidad o no de un patrono en estos casos puede ser más compleja y sutil por mor de la naturaleza colegiada del patronato. En el caso de que un patrono no haya participado en la asunción de un acuerdo o decisión lesiva (el supuesto más claro puede ser el de adopción de ésta por otro patrono en quien se hizo delegación de funciones), parece que le es exigible al primero (como a los demás miembros del patronato) un deber de diligencia y control de los actos del delegado; y si aquél tiene noticia de una actuación dañosa del o de los patronos delegados, deberá promover la reunión del patronato para revocarla o rectificarla. En caso de que no haga tal habrá dejado de cumplir aquella obligación de vigilancia y control y puede incurrir en responsabilidad: no quedará exonerado de ésta (aun no habiendo intervenido directamente en la adopción del acuerdo lesivo) (34).

2. Que *se haya opuesto al acuerdo lesivo*. El artículo 15.2 LF habla de oposición expresa (también, los arts. 17.1 LgallF, 12.3 LcanF y 15.2 LvascaF), y lo mismo cabe pensar en relación con la Ley catalana (aunque calla al respecto) cuando los acuerdos del órgano de gobierno exijan una votación explícita (caso *mayoritario*). Mas como el criterio determinante de la responsabilidad del patrono es el de la diligencia/negligencia, será en función de éste más que del estricto carácter expreso de la oposición como habrá de valorarse la actitud del patrono disidente. Reconozco, sin embargo, que es difícil encon-

(34) Así, también, en la doctrina italiana, BENNANI, *op. cit.*, págs. 1182-1184.

trar supuestos de oposición no expresa en el ámbito en que estamos (acuerdos del patronato) (35).

Un caso particular pudiera ser el de no intervención del patrono en la adopción del acuerdo con conocimiento de su existencia, si ha hecho por su parte todo lo posible para evitar el daño. En este supuesto creo que no es posible dar una solución general y a priori —salvo por lo que respecta al supuesto antes aludido de no participación en la adopción de un acuerdo lesivo, que tomó otro patrono, y no se adoptó las medidas pertinentes y congruentes con su obligación de control y vigilancia de los actos de este último—, y que deberá analizarse las circunstancias del caso concreto y, en particular, el hasta qué punto hizo el patrono «todo lo posible» para evitar el daño en relación con el criterio diligencia/negligencia, que es el principio determinante de la responsabilidad en estos casos. En algún caso la única forma de evitarlo será la impugnación del acuerdo de Patronato en que no participó, cuando sea posible.

2.4. *Prueba de la culpa o negligencia*

En tanto que la culpa o negligencia es uno de los elementos de la responsabilidad de los patronos, es necesaria su prueba, de acuerdo con las reglas generales de la carga de la prueba y la jurisprudencia interpretadora del artículo 1.902 del Código Civil. Por tanto, sin perjuicio de la atenuación del rigor probatorio que se ha ido imponiendo en la aplicación de este artículo, como no estamos ante un supuesto de responsabilidad por riesgo ni objetiva, puede afirmarse que, en línea de principio, compete la prueba de la culpa o negligencia de los patronos al perjudicado demandante. Ello no impide que pueda hacerse alguna matización o haber excepción, que veremos.

Como dije antes, pienso que no hay presunción de culpa ni inversión de la carga de la prueba, porque la obligación de los patronos en el cumplimiento de su función es obligación de actividad, de medios, no de resultado, y la prueba de la culpa queda sometida a las reglas generales (aquí, compete al actor). Todo ello sin perjuicio de que, en la apreciación de la culpa o negligencia, y por referirse a una obligación y actividad de gestión de asuntos de otra persona (aquí, jurídica, la fundación), puedan los tribunales tomar en consideración el dato de que el cargo de patrono no es retribuido y aplicar

(35) Por lo demás, no creo que sea exigible aquí —como sugiere algún mercantilista para las sociedades anónimas— que además de oposición expresa se haga constar en acta expresa y especialmente la oposición al acuerdo. Y reitero que la simple abstención o pasividad es insuficiente, si ha participado en la deliberación (y conoce el objeto del debate y acuerdo posible).

analógicamente el artículo 1.726 del Código Civil (régimen particular de responsabilidad para esos casos, propio de nuestro Código y otros latinos); sin olvidar, evidentemente, el artículo 1.103 del Código Civil, de aplicación general (fuera, incluso de su marco normativo).

En términos generales, y siendo varios los patronos demandados, habría de probarse la culpa —como los demás elementos de la **responsabilidad**— respecto de cada uno de ellos. Mas como su actuación supuestamente ilícita y responsable se ha producido en el ámbito de gestión del órgano colegiado, que es el patronato, y la llamada «solidaridad en la culpa» (por la actuación conjunta de los patronos) tiene en estos casos unos mecanismos de exoneración de responsabilidad (los del art. 15.2, 2.º inciso, vistos), hay también un esquema distinto de la carga de la prueba de las causas de exoneración. En este punto, compete la prueba del hecho que exima de responsabilidad al patrono que alegue haberse opuesto al acuerdo, o no haber participado en la adopción del mismo, o la justificación de la causa de la no asistencia a la reunión del Patronato y de la no impugnación del acuerdo lesivo, o que hizo por su parte todo lo necesario y posible para evitar su ejecución y resultado lesivo, etc. Hay, en este caso y para estos hechos concretos, una inversión de la carga de la prueba de la diligencia/negligencia, precisamente porque se refiere a un acuerdo dañoso del órgano de gobierno adoptado colegiadamente (sólo en este caso), órgano al que pertenece el patrono. Es, así, una excepción, por esa razón, a la regla general de la carga de la prueba de la culpa.

Todo cuanto antecede es compatible con que, en el marco de la línea jurisprudencial interpretadora del artículo 1.902 del Código Civil, relativa a la prueba de la culpa, y ante la dificultad de prueba por el actor (36) de la omisión de diligencia de los patronos —por una doble razón: hecho negativo de muy difícil o imposible probanza, como todos los hechos negativos, y por falta de información suficiente (casi siempre y casi toda en manos de los gestores)—, los tribunales: *a)* de un lado, desplacen el *onus probandi* del actor al patrono demandado (a éste, la prueba del hecho positivo contrario: que ha actuado con la diligencia pertinente); y *b)* de otro, deban aplicar aquí los criterios seguidos en otros ámbitos de la responsabilidad profesional (médica, de arquitectos), acudiendo a pruebas de presunciones que permiten deducir la negligencia (y la imputación de responsabilidad) de la anormalidad de ciertas consecuencias sin causa justificada (cfr. sentencia de 31 de enero de 1990). En este punto no se trata, ya ni tanto, de una inversión formal de la carga de la prueba, cuanto de la aplicación de las reglas normales de la misma y valoración de la prueba en cada proceso por los tribunales.

(36) Extremo que subraya la doctrina mercantil (POLO, SÁNCHEZ CALERO) para el caso homólogo de las sociedades anónimas.

VII EJERCICIO EFECTIVO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS PATRONOS

Una nota característica de las recientes leyes postconstitucionales de fundaciones es que la responsabilidad de los órganos de gobierno, y de sus miembros, queda sometida a la jurisdicción ordinaria: cfr. artículos 15.3 LF, 12.3 LcatF, 17.2 LgallF, 12.1 LcanF y 15.3 LvascaF (37). El control de la Administración por medio del Protectorado, en esta materia, se limita al inicio de las acciones de responsabilidad que correspondan ante los tribunales civiles (cfr. arts. 32.3 LF y 15-d LcatF, a título de ejemplo), para lo que los artículos 15.3-b LF y 12.3 LcatF (en términos semejantes, las otras autonómicas) le concede legitimación suficiente.

1. SUJETOS. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Frente a las otras leyes de fundaciones que sólo hablan de la legitimación activa para la acción de la fundación contra los patronos, la LcatF dice, en términos más generales y sin distinguir, que «la acción de responsabilidad será ejercida ante los tribunales ordinarios por la misma fundación, por el protectorado y *por aquéllos que sean legitimados de acuerdo con las leyes*» (art. 12.3). En términos semejantes las leyes gallega y canaria; la vasca omite al patronato pero legitima al fundador, además de al protectorado. La LF estatal menciona al patronato, previo acuerdo motivado, y al protectorado.

A) *Los «terceros» ordinarios.* Cuando un tercero haya resultado perjudicado por acto ilícito de ciertos patronos en el ejercicio de sus funciones y competencias como componentes del órgano de gobierno de la fundación, puede ejercitar (regla general) la acción de responsabilidad «de acuerdo con las leyes». Ahora sólo nos interesa la posibilidad de incluir a los «terceros» perjudicados, y quiénes son ellos, entre «aquéllos que estén legitimados de acuerdo con las leyes» (expresión y legitimación exclusiva de las leyes catalana, gallega y canaria; no está prevista en la ley estatal ni en la vasca).

Esta remisión a «las leyes» es general, y se refiere al Ordenamiento jurídico, a la legalidad vigente (no sólo a la legislación de fundaciones, que está comprendida). Y según «las leyes», en general, legitimados para ejercitar una acción de responsabilidad son todos los perjudicados por un acto ilícito de otro (art. 1.902 del Código Civil). Esto supone una gran apertura en la legi-

(37) Aparece muy claro en el preámbulo de la Ley catalana, que menciona, entre sus principios inspiradores, «la submissió a la jurisdicció ordinària és total pel que fa a l'exigència de responsabilitat als òrgans de govern, àdhuc per a tot allò que es refereix a la imposició de mesures cautelars» (apart. e).

timación activa, lo que va a permitir a cualquier perjudicado el accionar contra el patrono o patronos autores del acto lesivo. Mas ya no será siempre la acción que ahora estudio, pues unas veces se tratará de una pretensión contra la propia fundación como persona jurídica cuando hayan sido actos de ésta realizados a través de su órgano de gobierno (patronato o patronos delegados), y otras veces se tratará de pretensiones de terceros contra los patronos autores del acto lesivo (acción individual que ahora interesa) (38).

La norma más clara y directa a este respecto está en el Reglamento gallego, que al desarrollar el ejercicio de la acción por los «legitimados de acuerdo con las leyes» (del art. 17.2 de la ley gallega), alude directamente (art. 15) a «los beneficiarios y demás afectados por la actuación de la fundación [podrán...] promover personalmente las acciones de indemnización que les correspondan por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente los derechos o intereses legítimos».

B) *Legitimación del propio fundador.* Aludí a él como posible perjudicado. ¿Estará legitimado aquí? Yo creo que si ha de haber algún legitimado «de acuerdo con las leyes», o de «los demás afectados» del Reglamento gallego, además de los terceros hasta ahora vistos, con acción individual de responsabilidad, el más indicado es el propio fundador, que no es un simple tercero (aunque, evidentemente, una vez creada la fundación, ésta es persona distinta e independiente de él), cuyo interés legítimo en salvaguardar los fines y medios fundacionales me parece evidente, y especialmente protegible (39). Si cuando resulta perjudicada la fundación está legitimado su fundador, por qué no cuando resulta perjudicado él mismo (en los términos que vimos en su momento)?

Creo, decididamente, que el fundador sí puede y debe tener legitimación, no sólo en las leyes de fundaciones catalana, gallega y canaria, por mor de esa remisión a «las leyes», en general, sino también en la ley estatal (aunque calle al respecto): nuestro sistema jurídico protege derechos e intereses legítimos (la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE), y el del fundador, cuando resulte perjudicado —a veces su interés será moral—, me parece legítimo y defendible, y para hacerlo efectivo no puede negársele acción y legitimación para reclamar contra los patronos culpables de su perjuicio. Será cuestión de que pruebe el perjuicio; pero eso es otra cosa.

(38) GUARDIA CANELA (obra y lugar citados, pág. 142) cree que la ley se refiere, con aquella frase de la LcatF, precisamente, a la acción individual de responsabilidad.

(39) Lo prevé directa y explícitamente el artículo 15.4 de la Ley vasca para la acción de que es titular la fundación (junto a la legitimación del Protectorado, «por propia iniciativa o a solicitud razonable de quien tenga interés legítimo»): «también podrá ser ejercitada la misma [acción de responsabilidad] por el fundador cuando la actuación de los miembros del órgano de gobierno sea contraria o lesiva a los fines fundacionales».

2. OBJETO DE LA ACCIÓN. PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN

Habida cuenta de la naturaleza de esta acción (de responsabilidad civil por hecho ilícito), la reclamación del actor se reduce a una pretensión de indemnización que se traduce a su vez en una obligación pecuniaria del deudor responsable, la que, por su carácter resarcitorio, indemnizatorio, ha de ser considerada como deuda de valor, con todas sus notas diferenciales (respecto de la mera deuda dinerada) y consecuencias, a cuya doctrina y régimen general me remito.

3. EFECTOS DEL EJERCICIO CON ÉXITO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Por la misma razón de la naturaleza de la acción, el efecto primero y natural es el de indemnización al perjudicado por los perjuicios producidos. Si el condenado es uno de los patronos, o dos o más por actos autónomos y separables en los que se pueda individualizar la negligencia y responsabilidad respectiva, cada patrono, por mor de la personalidad de la culpa y de la responsabilidad, será condenado y responderá de sus propios actos lesivos y tendrá que indemnizar al perjudicado a tenor de su condena (individualizada) (40). En tal caso no hay más problema que el de su solvencia, que es otro y no interesa aquí.

Más grave es el que se plantea cuando sean dos o más los condenados, sea porque actuaron de consuno ellos solos (caso de delegación de funciones a varios, que actúen mancomunada y conjuntamente), bien porque la responsabilidad derive de actos lesivos acordados por los patronos como órgano de gobierno del que sólo quedan excluidos los que legalmente puedan exonerarse. En estos dos casos la responsabilidad de los varios patronos condenados ¿será mancomunada o solidaria?

La primera idea que surge a este respecto es invocar la regla o presunción de no solidaridad del artículo 1.137 del Código Civil para concluir que a falta de norma legal que establezca la solidaridad para las fundaciones (como sí la establece, en cambio, el art. 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para éstas), la responsabilidad de los varios patronos condenados por su interven-

(40) Tal es el régimen de responsabilidad del órgano de gobierno de la asociación en la Ley catalana de asociaciones, de 18 junio 1997 («cuando la responsabilidad no sea imputable personalmente a ningún miembro del órgano de gobierno, todos responderán solidariamente...»: art. 2.1.4); y el de la jurisprudencia es caso de pluralidad de responsables ex artículo 1.902 del Código Civil (sentencias de 20 de febrero de 1989, 18 y 19 de diciembre de 1995, 4 y 19 de julio de 1996 y 31 de enero de 1997) y ex artículo 1.591 del Código Civil (sentencias de 28 de julio de 1994, 3 de abril y 27 de septiembre de 1995, 11 de marzo y 30 de octubre de 1996, 22 de marzo de 1997).

ción en el mismo acto lesivo sería mancomunada. Mas ésta puede ser una solución simplista, y no estoy seguro de que sea hoy la mejor en atención a la actual dinámica socioeconómica de las fundaciones y a la más reciente doctrina y jurisprudencia en materia de responsabilidad conjunta de varias personas, y menos que deba imponerse.

He aquí *algunas razones* que cabe aducir para poder *defender la solidaridad* (que sólo apunto, porque otra cosa no es aquí posible) (41):

- a) Aunque se trata de situación distinta, hay un caso parecido en todas las leyes de fundaciones, en relación con las obligaciones frente a terceros contraídas por los componentes del órgano de gobierno durante la etapa constitutiva y antes de la inscripción de la fundación: cuando no alcance el patrimonio fundacional para atenderlas, «responderán solidariamente los patronos» (art. 11 LF); «la responsabilidad recaerá *solidariamente* sobre las personas que hayan contratado» (art. 7.2 LcatF); idéntico sentido, artículo 8 LvascaF, artículo 9 de la ley gallega, y artículo 16.2 de la ley canaria. Se trata, pues, de responsabilidad solidaria en un caso de actuación irregular y conjunta de varios patronos. La idea de solidaridad no es ajena a nuestras leyes de fundaciones en caso de pluralidad de patronos deudores por el ejercicio del cargo.
- b) La interpretación correctora de nuestra jurisprudencia, casi derogatoria, en no pocos casos del artículo 1.137 del Código Civil, con la conocida justificación de proteger al acreedor y la efectividad de su crédito. Recuérdese la extensión de la condena solidaria a los varios intervinientes en la construcción en caso de responsabilidad por ruina del edificio ex artículo 1.591-1.º del Código Civil, salvo que se demuestre que la causa del vicio ruinógeno corresponde a actuación de una determinada de aquellas personas (caso bastante parecido al nuestro). Igual extensión de la solidaridad (que algunos llaman impropia) en algunos casos de responsabilidad por culpa extracontractual (cfr. sentencia de 14 de mayo de 1987; para administrador de SA, sentencia de 7 de junio de 1989).
- c) La doctrina mercantilista reclamó y justificó la solidaridad en la condena de los administradores por ejercicio de la acción legal de responsabilidad, a pesar del silencio de la LSA de 1951. Discutida entonces esta cuestión, admitió GARRIGUES la responsabilidad solidaria cuando no pudiera individualizarse la culpa en uno o varios miembros del consejo de administración de la sociedad anónima, y otros la

(41) A favor de la solidaridad se pronuncian también GUARDIA CANELA, *op. cit.*, pág. 144, y REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de fundaciones*, Madrid, 1994, pág. 43.

- justificaron en el carácter colegiado del órgano de gobierno o de administración, amén de la mejor protección que garantizaba a la sociedad y acicate para la diligencia de los administradores (42).
- d) La aplicación analógica del artículo 133.2 LSA (y en la LSRL, que se remite a él), ante el silencio de las leyes de fundaciones (la catalana y las demás autonómicas, y la estatal). Creo que concurren aquí todos los requisitos del artículo 4.1 del Código Civil para esa aplicación analógica, incluida la identidad de razón (el requisito más difícil de darse casi siempre) habida cuenta de la moderna concepción, sobre todo funcional, de las fundaciones y creciente aproximación o parecido a las sociedades mercantiles (piénsese en la fundación-empresa, y aun sin llegar a ella).
 - e) La ley catalana de asociaciones, de 18 de junio de 1997, prevé la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de gobierno de la asociación «cuando la responsabilidad no pueda ser imputada personalmente» a ninguno de ellos (art. 21.4). No obstante, las diferencias conocidas entre asociación y fundación, en materia de responsabilidad de sus órganos de gobierno hay perfecta identidad.

Si se acepta la solidaridad (que creo viable), otro problema delicado es el de cómo distribuir entre los varios patronos condenados, y en su relación interna, la efectiva responsabilidad de lo pagado (o que deba pagar) el obligado solidario contra quien se dirija la fundación perjudicada. El artículo 1.145-2.º del Código Civil es parco e insuficiente: «...la parte que a cada uno corresponda con los intereses del anticipo». En vista de ello, quizá la mejor solución sea que, salvo que los patronos responsables justifiquen que fue desigual su participación en la producción del perjuicio indemnizable (prueba que compete a quien lo afirme), la obligación indemnizatoria se divide entre todos los condenados por partes iguales (cfr. sentencia de 7 de junio de 1989, sobre responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles).

4. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN. PRESCRIPCIÓN

A diferencia de la acción de responsabilidad de los patronos frente a la fundación, de naturaleza contractual, y como personal que es sujeta al plazo de quince años (art. 1.964 del Código Civil), a la prescripción de esta acción individual de responsabilidad, de naturaleza extracontractual, se aplica la

(42) Argumento de QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 265-266, y otros autores por él citados.

norma general para las de su clase: plazo de un año (art. 1.969.2 del Código Civil), contado, según el artículo 1.968, «desde que lo supo el agraviado», extremo cuya prueba compete a éste (cfr. sentencia de 21 de mayo de 1992, sobre la dificultad de establecer el *dies a quo* en algunos casos, como el de insolvencia de la persona jurídica por culpa de sus gestores). Me remito a la mucha jurisprudencia que hay sobre este plazo y su cómputo.

5. EJERCICIO CONJUNTO DE ACCIONES

Puede ocurrir en alguna ocasión que los terceros, en su relación con la fundación por medio de sus órganos de gobierno, hayan sufrido perjuicios y haya nacido responsabilidad contractual por parte de la fundación frente a ellos, y al propio tiempo perjuicios directos causados por los patronos (cfr. lo dicho en 1.3.5). En este caso aquellos terceros podrán optar por ejercitar una acción u otra contra la fundación o contra los patronos (y tal opción puede venir indicada en función de la solvencia de una u otros, y la probabilidad de poder cobrar, si triunfa su pretensión).

Pero además de la posible opción, no hay inconveniente en que el tercero perjudicado y reclamante dirija la acción conjuntamente (en el mismo proceso) contra aquélla y contra éstos, solicitando la condena solidaria contra la fundación y contra los patronos, ya que son acumulables la acción por responsabilidad contractual contra la primera y la de responsabilidad extracontractual personal de los patronos (cfr. sentencia de 21 de mayo de 1992, relativa a sociedad anónima y sus administradores). Acumulación que puede ser, además, aconsejable, pues en el supuesto de que demande sólo a una u otros, y en el curso del proceso quede probada la responsabilidad del no demandado, deberá ser absuelto el demandado y no podrá ser condenado el otro. Con el ejercicio conjunto de ambas acciones, incluso con petición de condena solidaria para cuando proceda, queda prevenido aquel riesgo (43).

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

(43) Sobre esa acumulación, véase más ampliamente SÁNCHEZ CALERO, *op. loc. cit.*, págs. 334-335, relativo a sociedades anónimas.