

La responsabilidad de los patronos de fundaciones en la legislación estatal con referencia a la normativa autonómica

Sumario: I.-INTRODUCCIÓN. II.-CUÁNDO ES RESPONSABLE EL PATRONO: FALTA DE DILIGENCIA, ACTOS CONTRARIOS A LA LEY O A LOS ESTATUTOS, NEGLIGENCIA. III.-DE QUÉ RESPONDE EL PATRONO: DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA FUNDACIÓN. IV.-LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FRENTE AL PATRONO.

I. INTRODUCCIÓN

Las fundaciones, quizás resulte ocioso recordarlo, son «las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general» (art. 1 Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general —en lo sucesivo, «L.F.»— (BOE número 282, de 25 de noviembre de 1994).

El órgano de gobierno de las fundaciones (cuya composición, reglas de designación y sustitución, causas de cese, atribuciones y formas de deliberar y adoptar acuerdos deben formar parte de los Estatutos, y éstos a su vez constar en la escritura de constitución de la fundación —arts. 9.1.e y 8 LF—), y en concreto su responsabilidad, es lo que vamos a estudiar en las líneas que siguen. Líneas que son modestas en extensión y pretensión, y cuyo objetivo no es otro que servir de esquema de la cuestión estudiada a quien pueda tener interés en ella, y de planteamiento de algunos puntos a nuestro entender no bien resueltos y que acaso en una futura (se dice que próxima) nueva ley de fundaciones (estatal y/o autonómica en varias Comunidades como en la andaluza) queden mejor regulados.

* Letrado Asesor de Empresas.

A modo de introducción, digamos únicamente que en las fundaciones el órgano de gobierno y representación tendrá la denominación de Patronato (art. 12.1 LF); que su función esencial es la de «cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos» (art. 12.2 LF); «estará constituido por un mínimo de tres miembros» (art. 13.1 LF); podrán serlo personas físicas (con capacidad de obrar y no inhabilitadas) y jurídicas (art. 13.2 LF); el ejercicio del cargo será gratuito (art. 13.4. LF); y su cese se producirá por muerte o declaración de fallecimiento, incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad, cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato (en el supuesto del art. 13.5 LF, personas llamadas «a ejercer esa función por razón de los cargos que ocuparen, en cuyo caso podrá actuar en su nombre la persona a quien corresponda su sustitución»), falta de diligencia declarada judicialmente, resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad, transcurso del tiempo establecido, renuncia, u otras causas establecidas en los Estatutos (art. 16 LF).

Empezaremos por analizar el supuesto de las fundaciones en formación: simplemente se dice en el art. 11 LF que «otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el órgano de gobierno de la Fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquéllos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos». La personalidad jurídica se alcanza (art. 3 LF) «desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley». El art. 11 LF hay que ponerlo en relación con el 6.3 del Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo (en lo sucesivo, «RRF»), que implica que «el incumplimiento de estos plazos por los órganos del patronato dará lugar a las responsabilidades que procedan, a solicitud del protectorado, por aplicación de los artículos 11, 15, 16.2.d) y 23.3 de la Ley 30/1994». Los plazos a que se refiere son los establecidos para presentar a inscripción la escritura de constitución dentro de un mes desde el otorgamiento de la escritura de constitución, si se constituye inter vivos, o desde la protocolización del testamento que deba ser averado judicialmente; y en un año desde el fallecimiento del causante, en fundaciones que se constituyan mediante testamento abierto notarial, lo que coincide con la norma madrileña (art. 5 RFMA), la más completa por lo que hace a este punto. La normativa vasca sobre el Registro de fundaciones, art. 21, establece un plazo de dos meses, desde la «fecha de presentación de los documentos objeto de la inscripción. Si se hubiera abierto el trámite de subsanación de defectos, el plazo se contará

desde que se hubieren aportado o subsanado los documentos, según lo exigido por el Encargado del Registro». La legislación cántabra, «dos meses desde la fecha de su otorgamiento, salvo la constitución por testamento, en que el plazo será de un año desde la muerte del testador» —lo cual no necesariamente es congruente con lo anterior, pues en un caso el dies a quo es un acto jurídico, y en el otro lo es un hecho, aunque con indudables consecuencias jurídicas, pero que introduce la incertidumbre de los supuestos en que el fallecimiento no es conocido hasta más allá de un año tras el fallecimiento (ejemplo, supuestos de declaración de fallecimiento), al no precisar, como sí lo hace el RRF o su equivalente autonómico madrileño (art. 7) «... o desde la protocolización notarial para el caso de testamentos que sean objeto de adveración judicial». Un tanto más confuso o incompleto es el plazo de 15 días «desde la fecha de su conocimiento y calificación» por el órgano competente que las haya reconocido y calificado, que para la comunicación al Registro de fundaciones establece el reglamento aragonés de 1985.

Con carácter general establece el art. 15 LF la responsabilidad de los patronos: «1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal. 2. Los patronos responderán frente a la Fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados negligentemente. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción. 3. La acción de responsabilidad se entablará, en nombre de la Fundación y ante la jurisdicción ordinaria: a) Por el propio órgano de gobierno de la Fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado. b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 32».

Es este texto legal, la LF, el que principalmente vamos a seguir (cuando no especifiquemos el texto legal a que nos estamos refiriendo, se tratará del estatal), pues en la mayor parte de textos normativos autonómicos la diferencia en la regulación no es sustancial en este punto de la responsabilidad de los patronos, ciñéndose a cuestiones casi exclusivamente tributarias (por ejemplo, Norma Foral 5/1995, de 24 de marzo, de las Juntas Generales de Gupúzcoa, sobre incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general; Norma Foral 9/1995, de 5 de diciembre, de las Juntas Generales de Vizcaya, sobre régimen fiscal de las fundaciones y asociaciones de utilidad pública y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general; Norma Foral 13/1996, de 24 de abril, de las Juntas Generales de Álava, sobre incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general). No obstante, haremos también referencia a la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco (LFPV); al Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco (RPyRFPV); Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas de Cataluña (LFC); Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de Interés Gallego (LFG); Decreto 248/1992, de 18 de junio, por el que se

aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones gallegas (que a pesar de su título sí regula el patronato de dichas fundaciones) (RPPFG); Orden de 3 de julio de 1985 por la que se regula el Funcionamiento del Registro de Fundaciones Privadas de carácter Cultural y Artístico, asociaciones y entidades análogas de Andalucía (ORFA) —creado por Decreto 89/1985, de 2 de mayo—; Decreto 18/1996, de 23 de mayo, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Asistenciales de interés general del Principado de Asturias (RFAA); Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria (PRFC); Decreto 60/1995, de 18 de abril, por el que se crean el Registro y el Protectorado de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (RPFV); Decreto 140/1985, de 6 de noviembre, por el que se crea el Registro de Asociaciones Culturales, Fundaciones Culturales y entidades análogas, de la Comunidad de Aragón (RFA); Decreto 99/1995, de 9 de mayo, por el que se asignan al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales las competencias transferidas por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de fundaciones (ACA); Ley 1/1990, de 29 de enero, de fundaciones canarias (LFCA); Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio (LFNA); Decreto 26/1996, de 29 de febrero, de creación del Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (RFM); Decreto 121/1996, de 9 de mayo, por el que se crea el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Castilla y León (RFCL). Existe una amplia lista de normas autonómicas no relacionadas aquí, pero con frecuencia se trata meramente de normas breves relativas a la asunción de competencias por las distintas Comunidades, o de distribución de tales competencias entre los propios órganos autonómicos existentes o creados *ad hoc* (Extremadura, Baleares, etc.).

II. CUÁNDO ES RESPONSABLE EL PATRONO: FALTA DE DILIGENCIA, ACTOS CONTRARIOS A LA LEY O A LOS ESTATUTOS, NEGLIGENCIA

Las causas de responsabilidad del patrono previstas en la LF son, como hemos citado:

- Desempeñar su cargo sin la debida diligencia (art. 15.1 LF, 13 c LFPV, 12.1.c LFC, 2.2 g PRFC, 11 h RPFV, 2.2.k ACA, 11 c LFCA).
- Realizar actos contrarios a la Ley o a los Estatutos (art. 15.2 LF, 13 a LFPV, 12.1.a LFC que no se refiere más que a los Estatutos —si bien la referencia a la Ley puede interpretarse como ociosa e innecesaria—, 16.1 LFG, 16.3 y 17 LFG, 2.2 f y h PRFC, 11 i RPFV, 2.2.l ACA).
- Actuar negligentemente (art. 15.2 LF, en cierto sentido el 13 b LFPV o el 12.1.b LFC, 16.2 y 3 LFG, 2.2 f PRFC, 11 g RPFV, 2.2.j ACA).

En cuanto a la **falta de la debida diligencia**, y la **actuación negligente**, son de aplicación las normas generales en la materia del «representante leal», sin que la propia LF ni la legislación que la desarrolla, ni tampoco la autonómica, añadan gran cosa. Serían, por tanto, de aplicación analógica normas tales como la del art. 1.104 C.c. («La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia») o incluso el art. 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas («los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal») No nos vamos a detener en exceso en este punto: simplemente apuntar que esa diligencia implica un actuar en interés de la fundación, y por supuesto cumpliendo lo dispuesto en la ley y en los Estatutos.

La falta de diligencia, para que dé lugar al cese del patrono, deberá ser declarada judicialmente (art. 16.2.d) y, con leve matiz diferencial, 16.2.e), lo que implica que no basta que la declare el propio patronato.

Por lo que se refiere a los **actos contrarios a la Ley y a los Estatutos**, es el referido en el art. 16.2.e), al que aludíamos más arriba como una de las causas de cese de los patronos («por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del artículo anterior»).

Un supuesto específico de obligación en la actuación del patronato impuesta por la ley, y cuyo incumplimiento lleva aparejada la responsabilidad del órgano de gobierno de la Fundación, y la posibilidad del Protectorado de entablar la acción correspondiente, es la recogida en el art. 9.4 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, (en adelante RF): «en el supuesto de que formen parte de la dotación fundacional participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles personalistas, el Protectorado requerirá a la fundación para que promueva su transformación con el fin de que adopte una forma jurídica en que quede limitada su responsabilidad en el plazo que señale y que no podrá ser inferior a dos meses. En el supuesto de que el patronato no pudiera efectuar tal transformación en el plazo fijado por el protectorado, éste le requerirá para que ponga en venta las participaciones fijando a tal efecto un plazo. Cuando la participación a que se refiere este apartado fuera minoritaria, el protectorado requerirá la enajenación en los mismos términos que se señalan en el párrafo anterior. En la fijación del plazo de venta, el protectorado debe considerar que no se produzca quebranto patrimonial a la fundación. Si, no obstante ser requerido para ello, el patronato no pusiera en venta dichas participaciones, el protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes y especialmente la existencia de buena fe por parte de la fundación, podrá ejercer la acción de responsabilidad» establecida en el art. 15 LF. La LFNA, art. 10.2, puntualiza que cuando la titularidad lo sea de sociedades en las que no quepa responsabilidad personal, aun así deberán las fundaciones «acreditar,

ante el Departamento de Economía y Hacienda, que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines fundacionales y no supone una vulneración del régimen establecido» en la propia Ley Foral navarra, pudiendo tal Departamento denegar, de forma motivada, el disfrute del régimen fiscal regulado en la misma Ley, si esas participaciones en sociedades no cumplen los requisitos vistos.

No vamos a entrar en estudiar la responsabilidad en que puede incurrir el protectorado en caso de dejación de sus obligaciones como órgano «vigilante» de la fundación. Nos llevaría a adentrarnos por vericuetos administrativos que no son nuestro objeto en esta sede.

En este artículo del RF lo que se pretende es proteger la integridad patrimonial de la fundación, que el riesgo de la responsabilidad no limitada de esas participaciones no pueda afectar a la supervivencia de la fundación ni a su capacidad de cumplir con los fines fundacionales. Pero ese fin, lógico y loable si se quiere, quizás haya llevado al legislador a excederse en su prudencia, a nuestro modo de ver. La cuestión no debiera, entendemos, haber sido regulada de una forma tan tajante. Mejor hubiera sido prever que el protectorado valorase la incidencia que esa participación en una sociedad no capitalista pueda conllevar para la fundación, atendida la fuerza de ésta, su dotación fundacional global (no tiene por qué consistir en un único bien o concepto), su estabilidad. Una fundación que contase con bienes inmuebles en el centro de una gran ciudad y fincas rústicas como parte de su patrimonio fundacional, difícilmente podría verse afectada seriamente por tener una participación, mayoritaria o no, en una sociedad personalista que se dedique a, por ejemplo, algo tan escasamente susceptible de generar responsabilidades patrimoniales excesivas como la edición facsimilar de libros medievales.

De otra parte, el legislador no ha tenido en cuenta la posibilidad (pensemos en una fundación de las que tradicionalmente se han denominado «culturales», en el ejemplo anterior) de que el fin fundacional coincida precisamente con el objeto social de esa sociedad. Si la fundación tiene una participación minoritaria en esa sociedad de nuestro ejemplo, no podrán los patronos conseguir, acaso, su transformación en sociedad capitalista. Y seguir la norma que estamos estudiando (que obliga a vender esa participación) conlleva desvirtuar o dificultar el cumplimiento de la voluntad fundacional.

Por otra parte, ¿*quid* en caso de que no se pueda transformar la sociedad, o no pueda hacerse en el plazo que conceda el protectorado, y sin embargo no quepa vender esa participación, aunque sólo sea por el muy simple motivo de que no exista comprador para ella? ¿Habría que disolver la sociedad? Parece que esa sería la consecuencia coherente con lo regulado, si bien este supuesto no lo contempla el legislador. En el caso de participación minoritaria que no se consiga vender, y dado que al tener minoría en el capital social es muy factible que no se consiga la transformación —ni convencer a los socios de la disolución— de la sociedad, ¿qué solución habría que adoptar? ¿Cabe entender que la ley preferiría una transmisión incluso gratuita, una donación, de las acciones? Creo que sí, pero no tiene mucho sentido pues supondría una esté-

ril «descapitalización», pérdida patrimonial, de la fundación. Aunque antes de llegar a ese extremo cabría una reducción del capital social (al fin y al cabo, una suerte de «disolución y liquidación parcial» de la sociedad), incluso con el auxilio judicial si fuese preciso imponerlo a los restantes socios.

Pero, dado que no es una norma aislada al respecto, sino que responde a lo que con carácter más general establece el art. 22 LF, está clara la voluntad del legislador, y no cabe intentar interpretaciones en otro sentido. «1. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales. 2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad. 3. Las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al protectorado en cuanto ésta se produzca».

En cambio, con relación al ámbito tributario (estudiado por Martínez Lafuente), «nada se ha previsto con carácter específico, por lo que ante la sucesión por actos *inter vivos* de explotaciones económicas que vayan a constituir la dotación inicial de la fundación habrá que tomar en consideración las consecuencias que se derivan del ... artículo 72 de la Ley General Tributaria, que no ofrece más alternativa que la solicitud de información sobre las deudas tributarias del transmitente...» Si se tratara de una sucesión *mortis causa*, el problema es menor dado que, por imposición del art. 20 LF, «la aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario», lo que limita la responsabilidad de la fundación por deudas atribuibles a la actividad económica ejercitada por el fundador antes de la constitución, incluyendo entre esas deudas las tributarias entre otras. De todas formas, no vamos a entrar aquí en la cuestión de la utilización de las fundaciones como una forma de «defraudar» a Hacienda, mediante la creación de «auténticas fundaciones—holding» (Martínez Lafuente) que, en realidad, «podrían considerarse como sociedades de cartera sometidas al régimen de transparencia».

Para concluir con esta breve referencia tributaria, quizás sea interesante recoger que la Res. TEAC de 8 de junio de 2000 (Vocalía 2^a) entiende que es improcedente la exención que la LF prevé para las entidades sin ánimo de lucro, en el supuesto en que la fundación sea titular de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles que estén declaradas en suspensión de pagos. La razón estriba en que estas sociedades, al no producir ingresos dada su situación económica, no contribuyen a la realización y cumplimiento de los fines fundacionales.

Por lo que se refiere al «dar cuenta» al protectorado de que la fundación participa mayoritariamente en una sociedad no personalista, se trata de una mera comunicación *ex post facto*, que en modo alguno debe interpretarse como necesidad de autorización, verificación o, siquiera, notificación previa.

Así lo establece el artículo 9.2 RF: «La adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas, así como la enajenación y gravamen de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no incluidas en el apartado anterior no necesitarán autorización previa, pero deberán ser puestos en conocimiento del protectorado en cuanto se produzcan. Dicha comunicación se acompañará de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico, así como cualesquiera otros extremos relevantes que el patronato estime necesarios para una adecuada información». (*vid* también art. 19.2 LF). Esto es de aplicación tanto cuando la participación mayoritaria se adquiera en un solo acto, como cuando se llegue a ella partiendo de una posición minoritaria tras nuevas adquisiciones. Digamos, de paso, que «participación mayoritaria» es «aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a todos los efectos tanto las participaciones directas como las indirectas» (art. 9.3 RF) Definición que se aleja de la del art. 42 del Código de Comercio (relativo a las sociedades obligadas a formular cuentas anuales consolidadas, y que incluye entre otros los supuestos de que dicha sociedad tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración) o de la del art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, Ley 24/1988, de 28 de julio (referente a los grupos de sociedades). Cualquiera de estos dos artículos, especialmente el segundo, es más preciso y podría haberse utilizado para, con la corrección que el diferente objeto y propósito exigiera, redactar el precepto correspondiente del RF.

Un caso distinto de posible responsabilidad de los patronos es (art. 14 LFPV) el de la autocontratación: «Los miembros del órgano de gobierno no podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, salvo autorización del Protectorado». Cabría hacer algún comentario sobre esta interdicción de la autocontratación. Por ejemplo, entendemos que el legislador podría haber previsto la suficiencia de un acuerdo del órgano de administración, del patronato (acuerdo adoptado sin participación del patrono afectado), autorizando al patrono en cuestión a esa contratación. Además, podría tratarse de un patrono distinto de aquél que tenga delegadas las facultades del patronato (LF, art. 11 LFC, 14.3 LFG, 10.3 LFCA, etc.). Y, de otra parte, no se prevé la forma que deba revestir dicha autorización, ya sea del Protectorado o, como sostenemos, del patronato. Cabe pensar que no se requiere ninguna forma especial, al no ser un apoderamiento, sino un mero requisito para soslayar una prohibición o restricción legal específica. Lo que sí deberá revestir forma adecuada será el documento que habilite a ese patrono para obligar, con su firma, a la fundación.

Otro de los supuestos en que cabe exigir responsabilidades al patronato, de conformidad con el art. 15.3,b), LF es la del 12.5 RF: «si el patronato no atendiera a la petición de subsanación o rectificación prevista en el apartado anterior, así como si tras el oportuno requerimiento, no presentara la documentación a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo» La documentación a que se alude en esta norma es la de orden presupuestario y con-

table: en los últimos tres meses de cada ejercicio, el patronato debe remitir al protectorado (12.1 RRF) el presupuesto del ejercicio siguiente, con memoria explicativa; y, en los seis primeros meses del ejercicio siguiente, el inventario, balance de situación, cuenta de resultados, memoria de actividades y de la gestión, y liquidación del presupuesto del ejercicio anterior, firmada por todos los responsables de su formulación (D.A. 7ª LF, y legislación concordante).

Se puede añadir también que el no inscribir los actos mencionados en el artículo 3 RRF (constitución, variaciones de la dotación, modificaciones en las personas que componen el patronato u otros órganos, apoderamientos generales, interposición de acción de responsabilidad contra todos o alguno de los patronos, modificación de Estatutos, fusión de fundaciones, extinción o liquidación de la fundación, etc) dentro del plazo de un mes a contar desde su adopción (art. 6.1 RRF) dará lugar a las responsabilidades que procedan, a solicitud del protectorado (art. 6.3 RRF).

Por fin, apuntaremos un tema propio de la picaresca empresarial: la posibilidad de una sociedad mercantil de constituir fundaciones con el fin de captar (legalmente) subvenciones de las Administraciones públicas, o incluso de personas físicas o jurídicas privadas, con la particularidad de que esa fundación dedicaría parte de ese dinero así captado para pagar servicios que a la misma fundación preste la sociedad fundadora. Si esto se hace en condiciones de mercado y en cumplimiento de la legislación, probablemente estaríamos ante una forma ciertamente heterodoxa de buscar un aumento de facturación del fundador, pero no ante un supuesto perseguible, ni ante el que se pueda aplicar la tradicional doctrina civilista de la simulación. Y no pensemos únicamente en pequeñas fundaciones de pequeños empresarios. Destacadas fundaciones culturales reciben importantes cantidades de dinero de las grandes entidades financieras que las fundaron. Con ese dinero, y el de otros patrocinadores e incluso el de Administraciones públicas vía subvención, organizan exposiciones (por ejemplo, de pintura), en que venden productos editados o producidos por sociedades filiales, participadas o en que la entidad financiera tiene intereses; la seguridad la presta una sociedad filial de la entidad financiera; el «catering» (ese inevitable ágape de inauguración), las obras de acondicionamiento, la decoración, las azafatas, la promoción y publicidad, etc., suponen cuantiosas sumas de dinero de que puede resultar beneficiada la entidad financiera. Aparte de que el favor de posibilitar al político o jerarca local «hacerse la foto» en la inauguración (en medios en que acaso la entidad financiera tiene un porcentaje del capital, o es su principal fuente de recursos) es algo que luego puede ser aprovechado. También tiene un importante valor la mejora de imagen del banco o caja ante el público. Es publicidad gratuita que, de otra forma, resultaría carísima e incluso imposible dado que tales exposiciones se difunden en espacios y programas que normalmente no contienen publicidad directa. Y, en fin, admitamos que puede que en alguna ocasión la entidad o alguno de sus directivos puede tener un interés verdadero en la pintura o su difusión.

La responsabilidad de los patronos es personal, y por tanto existe la posibilidad de que miembros del patronato queden exentos de la misma. Ya más arriba transcribíamos el art. 15 LF, que en su punto segundo recoge que se produce tal exención por oposición expresa a la adopción del acuerdo determinante de la responsabilidad de los patronos, o bien por ausencia en el momento de la adopción de dicho acuerdo. Exención de responsabilidad que también prevén artículos como el 14.1 LFG, o el 15.2 LFPV.

III. DE QUÉ RESPONDE EL PATRONO: DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA FUNDACIÓN

En este tema no hay muchas cuestiones dignas de relevancia distintas de las que en general puedan existir acerca de los conceptos de daño, perjuicio, e indemnización. No obstante, analizaremos algún punto concreto:

¿La indemnización alcanza al daño producido, o también al beneficio que se deja de percibir —lógicamente en los casos en que esta duda se plantee—, únicamente al *damnum emergens* o así mismo al *lucrum cesans*? Aunque la legislación habla de «daños» (así, únicamente *ad exemplum*, el art. 14 RPFV) la respuesta inmediata sería que no hay razón para limitar la cuantía de la indemnización, o los conceptos indemnizables, por el hecho de que se trate de una fundación la perjudicada. Acaso alguien podría intentar matizar que, dado que la fundación no persigue el lucro, tal vez quepa defender que no hay por qué indemnizar la falta de obtención de lucro cuando ello se deba a una acción u omisión reprobable, perseguible. No obstante, creo que esta matización no es correcta: entiendo que aunque la fundación no tenga en sí ánimo de lucro, puede perfectamente esperar obtener beneficios de ciertas actuaciones (por ejemplo, encaminadas a la obtención de una subvención), operaciones, participaciones societarias, etc, y dicho lucro esperado ser necesario, o conveniente, para el propio sostenimiento de la fundación y para dar mejor cumplimiento a sus fines fundacionales.

Más claro resulta en otros preceptos aducibles, como en la legislación cántabra, aragonesa o la valenciana, pues el art. 2.2 f) PRFC, como el 2.2.j ACA o el 11. g) RPFV, cuando regula las funciones del protectorado, incluye la de ejercer la acción para exigir responsabilidad por «daños y perjuicios».

IV. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FRENTE AL PATRONO

Como veíamos, la acción de responsabilidad se entabla en nombre de la Fundación y ante la **jurisdicción** ordinaria, de los tribunales y jueces civiles. El procedimiento adecuado es el declarativo que le corresponda según cuantía. No obstante, cabe interponer esta acción, para la exigencia de la responsabilidad civil a que haya lugar, al hilo de un procedimiento penal, cuando la actuación del patrono, con daño para la fundación, pueda ser constitutiva de delito.

Mientras se dilucida la cuestión, una vez entablada la acción, cabe (art. 16.3 LF) la suspensión del patrono en el ejercicio de su cargo, decisión que deberá ser adoptada por el juez (el competente es el que esté conociendo de la acción de responsabilidad interpuesta). También, 16.3 LFPV, entre otros.

La **legitimación activa** le corresponde o bien al órgano de gobierno de la Fundación, el patronato (quien, en la legislación gallega —art. 14 RPFG— no podrá transigir o renunciar a la acción interpuesta sin la autorización del protectorado, lo que revela cierta desconfianza hacia la determinación del patronato que «acusa» a uno de sus miembros), o bien al protectorado (por todas, art. 2f) PRFC). El patronato podrá ejercer la acción únicamente previo acuerdo motivado, y en la adopción de tal acuerdo no participará el patrono afectado (así, en la LF o en 12.2.a LFCA, por todas). En cambio, el protectorado podrá ejercerla «en todo caso» (art. 32.3 LF) por los actos del artículo 15.2, «así como para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el artículo 16.2.d), y para impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la Fundación».

Cabe poner este artículo en relación con el 22.7 RF, que incluye, entre las funciones del protectorado, el ejercitar las acciones de responsabilidad que procedan a favor de la fundación frente a los patronos; instar judicialmente el cese de los patronos por desempeño del cargo sin la diligencia prevista por la Ley; impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la Ley o a los Estatutos; e instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 34 LF.

Uno de los supuestos específicos en que el protectorado podrá ejercitar esta acción es el establecido en el art. 9.4, último párrafo, RF, para el caso de que «no obstante ser requerido para ello, el patronato no pusiera a la venta» las participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles personalistas que formen parte de la dotación fundacional (dada la redacción, no se configura como un deber del protectorado, sino como una facultad que ejercerá o no en función de lo que estime conveniente, atendidas las circunstancias).

Cabe plantearse si pueden uno o varios patronos, individualmente considerados, ejercitar la acción. En principio, acaso la respuesta deba ser negativa: quien tiene la representación de la fundación es el patronato, como órgano, y no uno o varios de sus integrantes en sí considerados (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1996: «la representación legal de la fundación... corresponde colectivamente al patronato y no a sus miembros individualmente»). Esto, además, es meridiano cuando esos patronos votaron afirmativamente en la adopción del acuerdo contrario a los intereses de la fundación o a la ley o los estatutos. Y digo que es meridiano porque al hecho de no representar a la fundación (ni al patronato) individualmente hay que añadir el que según la LF (art. 15) aquellos miembros del patronato contra quienes se ejercite la acción de responsabilidad no deben formar parte en la reunión en que se adopte el acuerdo de ejercitar la acción. Esto es, quien actuó negligentemente, sin diligencia, o contra ley o estatutos, no puede adoptar el acuerdo de ejercitar la acción (lo que, por otra parte, aunque moralmente plausible, sería

un absurdo jurídico). Cuando se trate de uno o varios patronos que no asistieron a la reunión del patronato en que se adoptó el acuerdo contrario a las exigencias legales o estatutarias, o que en dicha sesión votaron en sentido negativo a la adopción del acuerdo, tampoco veo claro que puedan tener legitimación activa. Posiblemente la solución más segura sea la de que en todo caso los patronos (uno o varios, individualmente considerados) debieran poner el hecho (aunque sea mera «fundada sospecha de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de uno o varios de los miembros del órgano de gobierno de la fundación», art. 11 RPFG) en conocimiento del protectorado, para que sea éste quien, con la legitimación activa que en todo caso tiene, ejercite la acción de responsabilidad que aquí estudiamos. Lo que no quita para que defendamos como más lógico que cualquier miembro del patronato, dado que su obligación principal es la de actuar siempre en beneficio e interés de la fundación, tuviera legitimación activa. Acaso, eso sí, pudiendo el juez adoptar las medidas cautelares o imponer las garantías que estime oportunas.

Claro está que cabe complicar un poco la cuestión, pensando en el supuesto de que todos los miembros del patronato (o un número tal que el resto no supongan *quórum* a los efectos de la adopción de acuerdos del patronato) hubieran votado afirmativamente el acuerdo lesivo para la fundación. En este caso de acuerdo adoptado por todos los patronos, parece claro que sólo el protectorado está legitimado para ejercitar la acción. En caso de falta de *quórum* si se descuentan los patronos afectados, en principio los patronos restantes únicamente podrían dirigirse al protectorado para que éste ejercitara la acción. Salvo que se pueda interpretar que en este caso los patronos contra los que se ejerce la acción quedan excluidos, no sólo de la reunión en que se adopte el acuerdo de ejercitar la acción de responsabilidad, sino también del cómputo a efectos del *quórum* necesario para ese acuerdo.

Otro *quid* es el de aquellos casos en que los patronos contra quienes se ejercite la acción de responsabilidad sean aquellos que forman parte del patronato como miembros natos, en su cualidad de representantes de la Administración que, a su vez, constituya el protectorado de la fundación. Si estos patronos son minoría en el patronato, no hay problema: los restantes patronos adoptan el acuerdo de ejercitar la acción, y lo hacen contra los patronos afectados (entendiendo que contra ellos, en tanto que personas físicas, y no contra la Administración, contra el protectorado, pues se pretende exigir responsabilidad a los patronos por un acuerdo o actuación de éstos, y no al protectorado por una acción u omisión suya). Pero si estos patronos son mayoría, nos hallaríamos ante un callejón sin aparente salida: los patronos restantes no pueden ejercitar la acción de responsabilidad por no existir el *quórum* suficiente para actuar en representación de la fundación, y si se dirigen al protectorado para que éste ejercite la acción, se estarían dirigiendo a la misma Administración a cuyos miembros quieren exigirle la responsabilidad, y probablemente incluso a las mismas personas físicas. Callejón sin salida completamente cerrado si todos los miembros del patronato lo son en tanto que representantes de la Administración que constituya el protectorado de la fundación.

En conclusión, lo que nos parece razonable es considerar que uno solo de los patronos puede por sí solo iniciar el procedimiento judicial para la exigencia de responsabilidad a otro u otros patronos. A pesar de que la LF no parece permitirlo. Quizás a partir de distintos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se pueda argumentar con más fundamento en el sentido aquí sostenido, si bien en su artículo 4 establece que su aplicación es supletoria, y además en el art. 7.4 se dispone que «por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen» (y ya vimos que con la LF en la mano esto sólo cabe predicarlo del patronato —o el protectorado en su caso— y no de un patrono individualmente considerado).

La LFPV añade unos matices interesantes (art. 15.4). De un lado, la acción podrá ser interpuesta por el Protectorado «por propia iniciativa o a solicitud razonable de quien tenga interés legítimo», lo que permite dar solución a alguno de los problemas que para la LF hemos señalado aquí. Si bien no se establecen consecuencias para la inacción del Protectorado a pesar de la iniciativa de esos interesados legítimos (que bien podrían ser miembros del patronato, por ejemplo). Además, especifica que esta acción «también podrá ser ejercitada... por el fundador, cuando la actuación de los miembros del órgano de gobierno sea contraria o lesiva a los fines fundacionales». Lo que nos lleva a plantearnos si este derecho, o esta acción para la que está legitimado activamente el fundador, correspondería o no a los herederos del fundador, en caso de fallecimiento de éste, entendiéndose que la respuesta, con matices que no hacen al caso en esta sede, debe ser negativa. Por su parte, el art. 12.3. LFC o el 17.2 LFG incluye como legitimados activamente a «aquellos que sean legitimados de acuerdo con las leyes» (el art. 12.2.c LFCA en el mismo sentido y casi con igual literalidad), si bien sin dar mayores indicaciones acerca de quién deba considerarse incluido en este grupo indeterminado, que probablemente no exceda de los que hemos ido viendo al glosar la legislación nacional. El 11.1 RPFPG in fine añade que «los beneficiarios de la fundación podrán asimismo poner en conocimiento de sus órganos de gobierno y del Protectorado la existencia de tales irregularidades», lo que no supone una legitimación activa ante los tribunales de —potencialmente— cualquier tercero, pero sí desde luego una asignación de papel activo en la persecución de las irregularidades de los patronos de las fundaciones gallegas, si fuere tal el caso. Más aún cuando el art. 15 RPFPG añade que esto se entiende «sin perjuicio de poder entablar personalmente las acciones de indemnización que les correspondan por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente sus derechos o intereses legítimos».

En cuanto a la relación entre la **acción de responsabilidad del patrono y el Registro de Fundaciones**, la interposición de la acción de responsabilidad contra todos o algunos de los patronos es, con arreglo al artículo 3.g) RRF, uno de los actos que se inscribirán en el Registro de Fundaciones. Ello ocurrirá cuando lo ordene así el Juez al admitir la demanda. También se inscribirá la resolución judicial dictada al efecto. Resolución que deberá ser firme. En el mismo sentido, el 16.4 LFPV, 22 c RPyRFPV, 28.4 y 29.2 RFAA, 3.6 RFCL, etc.