

La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia

Por José Soria Sorjús

Abogado de Uría Menéndez

1. Régimen de responsabilidad de los patronos en la normativa estatal de fundaciones

1.1 Caracterización de la responsabilidad de los patronos en la normativa estatal de fundaciones

La normativa sobre fundaciones privadas establece, con carácter general, un régimen específico de responsabilidad de los patronos, que se circunscribe al ámbito de la responsabilidad civil.

La función de este régimen de responsabilidad civil es resarcitoria de los daños ocasionados a las fundaciones por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por quien detenta las facultades de gestión y representación de la persona jurídica.

En orden a su calificación como contractual o extracontractual, la responsabilidad de los patronos frente a la fundación es contractual en la medida que se apoya en una relación jurídica preexistente que nace en el momento en el que el patrono acepta voluntariamente el cargo¹.

El artículo 17 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (“Ley de Fundaciones”), ha endurecido el régimen de responsabilidad aplicable a los patronos, restringiendo las causas de exoneración de responsabilidad e introduciendo su carácter solidario, al igual que ocurre en las sociedades de capital.

La atribución de responsabilidad de los patronos frente a la fundación gira en torno al criterio de la diligencia y, en particular, el artículo 17.1 de la Ley de Fundaciones les impone la obligación genérica de desempeñar el cargo con la diligencia de un “representante leal”.

Nótese que la normativa autonómica de Andalucía, Canarias, Castilla y León y Galicia contiene previsiones sustancialmente idénticas (artículo 25 Ley 10/2005, artículo 16 Ley 2/1998, artículo 16 Ley 13/2002 y artículo 22 Ley 12/2006, respectivamente). En cambio, la normativa catalana establece que los patronos deben ejercer sus funciones con la diligencia de un “buen administrador”, de acuerdo con la ley y los estatutos, y servir al cargo con lealtad a la fundación, actuando siempre en interés de esta (artículo 332-8 CCC), la normativa del País Vasco establece que el patrono está obligado a administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según los criterios económico-financieros de un “buen gestor” y servir el cargo con la diligencia de un “representante leal”

¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario* núm. 664, (2001), págs. 724 y 725; SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de la fundación*, Aranzadi, (1997), pág. 176.

(artículo Ley 12/1994) y, por último, la normativa de La Rioja establece que el patrono debe administrar con diligencia los bienes y derechos, sin fijar, por tanto, un módulo de conducta concreto (artículo 12 Ley 1/2007). Estas tres últimas normas se aproximan al régimen jurídico de los empresarios².

El artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones plasma los criterios para determinar la responsabilidad de los miembros del patronato: infracción de la ley o los estatutos, o inobservancia de la diligencia con la que deben desempeñar el cargo y establece que los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por la mencionada infracción.

La doctrina señala que es preciso analizar los parámetros de diligencia en función de las circunstancias objetivas de cada caso. Ello conduce, según la doctrina, a una interpretación objetiva del deber de diligencia según el tipo y magnitud del fin que constituya el objeto fundacional e incluso según el peculiar estatuto o posición de un miembro del órgano de gobierno.

El estudio de las fundaciones actuales permite establecer, como veremos a continuación, una diferencia relevante entre las fundaciones que no realizan una actividad económica y las que la realizan.

Las primeras, que podemos calificar como las fundaciones “dotacionales”, se suelen caracterizar por el hecho de que los rendimientos derivan de la dotación patrimonial de su fundador y eventualmente de donativos que reciben. En este tipo de fundaciones, el patronato se reúne normalmente tan sólo una vez al año para aprobar la gestión, las cuentas y el presupuesto.

En las segundas, que podemos calificar como fundaciones “empresariales”, el cargo de patrono implica una dedicación importante de su tiempo, la adopción de decisiones financieras de trascendencia, la asunción de responsabilidades parecidas a las de los administradores de sociedades de capital, y, si bien es cierto que los cargos son gratuitos, cada vez es más frecuente la percepción de una retribución por parte de aquellos patronos que prestan a la fundación servicios distintos de los que implica el mero desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato.

Nótese que la normativa de Navarra en materia de fundaciones establece que el cargo de patrono será incompatible con cualquier prestación de servicios a la entidad de carácter retribuido incompatibilidad que alcanza también al fundador y a su cónyuge (artículo 12.2. de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las Fundaciones y de las actividades de Patrocinio); y la normativa de Cataluña establece que los patronos no pueden suscribir con la fundación, sin la autorización previa del protectorado, entre otros, contratos de prestación de servicios retribuidos (artículo 332-2 CCC).

² Por orden de exposición, Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (“Ley 10/2005”); Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (“Ley 2/1998”); Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (modificada por la Ley 12/2003 y por la Ley 2/2006) (“Ley 13/2002”); Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (“Ley 12/2006”); Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las Personas Jurídicas (“CCC”); Ley del Parlamento Vasco 12/1994, de 17 de junio de 1994, de Fundaciones (“Ley 12/1994”) y Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja (“Ley 1/2007”).

Teniendo en cuenta lo anterior, parece lógico que no pueda exigirse el mismo deber de diligencia a los patronos de fundaciones dotacionales que a los patronos de fundaciones empresariales. Nótese que el artículo 1.726 del Código Civil condiciona el rigor en la valoración judicial de la negligencia/diligencia del patrono al carácter gratuito de su cargo.

En cuanto a la exoneración de responsabilidad, el artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones establece que quedarán exentos quienes hayan votado en contra del acuerdo generador del daño o perjuicio, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

El legislador estatal ha elevado el nivel de diligencia exigible a los patronos con respecto a lo dispuesto en la derogada Ley 30/1994 que exoneraba de responsabilidad a los que se opusieran expresamente al acuerdo dañoso para la fundación o no participaran en su adopción. En la Ley de Fundaciones no basta con no intervenir en la adopción del acuerdo para la exoneración de responsabilidad: la no intervención ha de seguirse de oposición desde el momento en que se tiene conocimiento de dicho acuerdo. No es suficiente, por tanto, la no asistencia a la reunión ni la abstención, lo determinante es el desconocimiento del acuerdo dañoso³. Así, por ejemplo, cuando un patrono actúe por cuenta de otro por representación en un sentido contrario a la Ley o a los estatutos, o sin la diligencia debida, el patrono representado, que no tenía conocimiento del acuerdo adoptado, deberá manifestar, al menos, expresamente su oposición al mismo en cuanto éste llegue a su conocimiento.

El actual sistema de exoneración de responsabilidad aplicable a los patronos responde a un principio de individualidad. Esta regulación tiene como finalidad hacer que las consecuencias que derivan de la colegialidad y la responsabilidad subjetiva o por culpa sean compatibles.

La responsabilidad de los patronos está basada en el elemento subjetivo de la culpa, si bien, en opinión de EMBID IRUJO⁴, ha de entenderse implícita una inversión de la carga de la prueba, por lo que el patrono habrá de probar, en su caso, el cumplimiento de sus funciones en los términos indicados en la Ley de Fundaciones.

En el caso de que se establezca la responsabilidad de dos o más patronos, el mencionado artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones determina el carácter solidario de la responsabilidad, pudiendo, por tanto, el afectado por la conducta de los patronos dirigirse contra cualesquiera de ellos para exigir el resarcimiento de la totalidad del daño causado (artículo 1.144 del Código Civil).

1.2. Acción de responsabilidad

³ PEREZ ESCOLAR, M., “La responsabilidad de los patronos frente a la fundación”, en ALONSO PÉREZ, M. y GÓMEZ GALLIGO, F. J., *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo II, Civitas (2008), pág. 1.789; SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de...*, op. cit., pág. 217.

⁴ EMBID IRUJO, J. M., “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7 - I/2003, pág. 95.

El artículo 17.3 de la Ley de Fundaciones dispone que la acción de responsabilidad se entablará ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación, (i) por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado, (ii) por el protectorado, o (iii) por los patronos disidentes o ausentes, así como por el fundador cuando no fuere patrono.

La acción de responsabilidad de los patronos frente a la fundación, también denominada acción fundacional de responsabilidad o acción en interés de la fundación, se ejerce contra los patronos que hayan causado un daño al patrimonio de la fundación y persigue la finalidad de que se repare íntegramente el daño causado para que ésta pueda reconstruirlo. Se trata de una acción cuyo propósito y finalidad son en sustancia los mismos que los de la acción social de responsabilidad (artículo 238 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital - “Ley de Sociedades de Capital”).

En relación con este sistema de responsabilidad de los patronos interesa destacar la falta de regulación por la Ley de Fundaciones de la responsabilidad individual por daños causados a terceros y de la responsabilidad por deudas (artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones “[...] *los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen [...]*”).

Efectivamente, y por lo que respecta a la responsabilidad individual, nótese que de una lectura del artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones, se advierte que no se prevé específicamente la responsabilidad de los patronos frente a terceros, sino, únicamente, la responsabilidad de los patronos frente a la fundación.

No obstante, la normativa autonómica de Cataluña prevé un régimen jurídico más completo en esta cuestión. Efectivamente, en Cataluña, junto a la acción en interés fundacional, el legislador ha previsto de forma explícita y clara la existencia de una acción individual por daños contra los patronos que puede ser ejercitada por terceros (artículo 332.11.5 CCC). En igual sentido, la normativa de Galicia preveía expresamente a través del derogado Decreto 248/1992, junto a la acción fundacional de responsabilidad, la existencia de una acción de individual de responsabilidad que podían entablar terceros por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente sus derechos o intereses legítimos (artículo 15). La normativa de Galicia actualmente no contempla esta previsión.

La doctrina⁵ entiende, no obstante, que la acción en interés de la fundación, no cierra el paso al ejercicio de otras acciones de responsabilidad contra los patronos entabladas por los terceros que acrediten un interés legítimo. La responsabilidad en estos supuestos no se rige por el artículo 17 de la Ley de Fundaciones, sino que debe constituir una aplicación de los principios generales sobre responsabilidad. Esta acción que podría asimilarse a la denominada acción individual de responsabilidad de la Ley de Sociedades de Capital (artículo 241), habría

⁵MARIMÓN DURÁ, R. y OLAVARRIA IGLESIA, J., “Responsabilidad de los patronos” en OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, (2008), págs. 423 a 456; SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de...*, op. cit., págs. 188 a 189; EMBID IRUJO, J. M., “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro...”, op. cit., pág. 96.

de articularse en sede de fundaciones a través de las reglas sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Derecho común, dada la inexistencia de una regulación legal específica en la Ley de Fundaciones.

Ante tal parquedad normativa en relación con esta materia, RIVERO HERNÁNDEZ⁶ considera que las acciones de que disponen los terceros pueden ser: (i) contra la fundación, por responsabilidad de ésta como persona jurídica, sea contractual o extracontractual, (ii) 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 prevista en el artículo 1.902 del Código Civil contra una persona física que accidentalmente resulta ser patrono de una fundación; y (iii) contra los patronos, por actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones en el órgano de gobierno de la fundación.

A estos efectos interesa analizar la acción relacionada en el apartado (iii) que resulta exigible en la medida de que los patronos actúen como tales y en el ejercicio de su cargo y funciones.

Señala RIVERO HERNÁNDEZ que 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: (i) la acción indirecta o subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil que se podría ejercitar, entre otros, por un acreedor cuando la propia fundación no haya accionado contra los patronos reclamando en nombre propio por los perjuicios ocasionados y (ii) la acción directa o individual de los terceros frente a los patronos causantes del daño.

Este autor defiende la viabilidad de la acción subrogatoria en el ámbito de las fundaciones, además de su justificación por aplicación del artículo 1.111 del Código Civil, también mediante el artículo 134.5 del derogado Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en la actualidad sustituido por el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital), aplicable, en su opinión, por analogía en sede de fundaciones 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.

Con el fin de sostener la viabilidad de la acción individual o directa en sede de fundaciones, RIVERO HERNÁNDEZ se apoya en los antecedentes existentes en la normativa autonómica, en el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (en la actualidad sustituido por el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) y en el artículo 1.902 del Código Civil.

En efecto, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, en algunas normas autonómicas puede encontrarse un tratamiento más completo del régimen de responsabilidad de los patronos que acoge la responsabilidad individual.

Asimismo, este autor defiende su tesis apoyándose en la aplicación analógica del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas a las fundaciones. En su opinión, cabría la aplicación

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Responsabilidad de los patronos...", op. cit., pág.726.

análoga del citado precepto, 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 semejanza entre el supuesto regulado (responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima, en su ley) y el problemático (la de los patronos de la fundación), y cabe apreciar identidad de razón en la solución: esto le parece al autor indiscutible, porque considera que no debe ser distinto el régimen de responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital que la de los patronos para sus relaciones con terceros perjudicados.

En relación con lo anterior, y según se expone en el apartado 1.3 de este artículo, esta tesis resulta discutible.

Por último, RIVERO HERNÁNDEZ entiende que la razón más sólida que puede justificar en nuestro ordenamiento jurídico la acción individual la encontramos en el artículo 1.902 del Código Civil cuya aplicación al caso de fundaciones impone a los patronos la obligación de reparar el daño causado a un tercero por acción u omisión.

Por otro lado, tal y como ha quedado señalado anteriormente, la Ley de Fundaciones no contempla la acción de responsabilidad de los patronos por deudas de la fundación.

En efecto, la Ley de Fundaciones no contiene un precepto análogo al artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye a los administradores de las sociedades de capital una responsabilidad por deudas que se ha llegado a calificar de objetiva o cuasi-objetiva por la doctrina y la jurisprudencia⁷, a todas luces excepcional en nuestro sistema jurídico.

Por lo tanto, se puede concluir que, actualmente, el sistema general de responsabilidad de los patronos de las fundaciones es una responsabilidad por daños, que participa en algunos aspectos del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, por lo que respecta a los presupuestos de responsabilidad, el modo solidario en que se concreta y las formas de exonerarse de la misma⁸. Esta aproximación no debe llevar, en nuestra opinión, sin embargo, a confundirlos.

1.3. La no aplicación análoga del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a los patronos de fundaciones

Ante la parquedad normativa denunciada en el apartado anterior por lo que respecta al régimen de responsabilidad individual de los patronos, y en la medida en que las fundaciones desarrollen actividades económicas, algunos autores han abogado abiertamente por la tesis de que la legislación mercantil y societaria debe ser utilizada para interpretar y suplir las lagunas que pueda tener la normativa de fundaciones. Esta tesis llevada al extremo podría llevar a pensar que puede haber una responsabilidad de los patronos por deudas de la fundación.

⁷ Véase por todas la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 1 de marzo de 2004, recurso de casación núm. 1160/1998, (La Ley 11762/2004), por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 5 de marzo de 1998.

⁸ EMBID IRUJO, J. M., "Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro...", op. cit., pág. 94; PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., "Órganos de gobierno y relación con los poderes públicos" en DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L., SANJURJO, T. (Dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Aranzadi (2010), págs. 236 y 237.

Ahora bien, también cabría la opción de interpretar que, tratándose la Ley de Fundaciones de una ley moderna, el legislador pudiera haber obviado expresamente la regulación de la acción de responsabilidad individual por considerarla inoportuna en sede de fundaciones.

Debe tenerse en cuenta que los Tribunales, pese a las referidas propuestas doctrinales, han limitado hasta la fecha la posibilidad de aplicar por analogía a las fundaciones o a otras personas jurídicas el régimen de responsabilidad societario de los administradores de sociedades mercantiles por daños o por deudas ya que entienden que no existe laguna legal ni identidad de razón entre ambos supuestos, tal y como veremos a continuación en su fundamentación jurídica.

En este sentido, puede recordarse una Sentencia del Tribunal Supremo que hace referencia a la responsabilidad de los consejeros de una asociación sin ánimo de lucro entendiendo que no le resulta aplicable la normativa de las sociedades de capital y abogando por la aplicación de un régimen de responsabilidad civil peculiar, en la medida en que las asociaciones disponen de un régimen jurídico propio y diferente del aplicable a las sociedades de capital. Los argumentos que el Tribunal Supremo aplica para una asociación debe entenderse, sin mucha dificultad, que resultan aplicables en sede de fundaciones.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 16 de marzo de 2000⁹ confirmó la Sentencia de instancia que declaró no ser nula la moción de censura contra los consejeros de la Sección Musical de la Sociedad General de Autores de España (SGAE) y estableció que *“precisamente por la peculiar naturaleza de la SGAE no puede compartirse sin más la aplicabilidad a su funcionamiento de la normativa sobre las sociedades anónimas, prototipo de las sociedades de capital, y menos todavía si la aplicación de un precepto concreto de la LSA parece pugnar con los propios estatutos de la SGAE.”*

En esta misma dirección, es especialmente importante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 17 de septiembre de 2009¹⁰ que aborda un supuesto de responsabilidad de patronos en fundaciones.

Según la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, los acreedores de una fundación no pueden ejercitar ni la acción individual de responsabilidad por los actos de los patronos que lesionen directamente los derechos de los acreedores, ni tampoco la acción social de responsabilidad por deudas reguladas en la Ley de Sociedades de Capital, porque no se pueden aplicar analógicamente las normas de las sociedades anónimas, ya que, según este Tribunal, ni concurre el requisito de la identidad, ni tampoco existe, en puridad, una laguna legal que deba ser suplida por analogía.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, recurso de casación núm. 36/1998, (La Ley 60016/2000), por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 7 de octubre de 1997.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 17 de septiembre de 2009, Sala de lo Civil y Penal, recurso de casación núm. 97/2008, (La Ley 200822/2009), por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de enero de 2008, recurso núm. 28/2007, (La Ley 19210/2008).

En relación con el requisito de la existencia de una laguna legal, en el fundamento de derecho quinto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sostiene que “...en la práctica y al margen de la especificidad de la acción prevista en el art. 135 LSA, que justifica el carácter solidario de la responsabilidad y la presunción iuris tantum de culpa (art. 133.3 LSA), la única diferencia remarcable con la acción prevista en el art. 1.902 C.C es que, en lugar de someterse al plazo de prescripción del art. 1.968 C.C, se rige cuando se trata de sociedades mercantiles por lo dispuesto en el art. 949 C. de com. (por todas, las SS TS 1ª 417/2006 de 28 abr. -FJ3- y 669/2008 de 3 jul. -FJ1 -). Consecuentemente, cuando no se trata de sociedades mercantiles (caso de las fundaciones), habrá que atender al plazo previsto en el C.co, entre nosotros, al establecido en el art. 121-21.d) C.C.C., aprobado por la Llei 29/2002 de 30 dic. - que conforme a la DF transitoria entró en vigor el 1 de enero de 2004-, cuya extensión coincide precisamente con la prevista para la nueva acción de responsabilidad individual de los patronos de fundaciones regulada por el art. 332-11 del Llibre Tercer del Codi Civil de Catalunya, aprobado por la Llei 4/2008, de 4 de abril, relativo a las personas jurídicas (en vigor desde el 4 de agosto de 2008)”, señalando, seguidamente, que: “...el hecho de que el régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones no sea el mismo que el de los gestores de las sociedades de capital, no significa -como ya hemos dicho- que la de aquéllos se encuentre limitada a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieran podido irrogar para la fundación como consecuencia de su actuación negligente (art. 21 Llei 5/2001 de 2 may.) -responsabilidad ésta cuya exigencia puede ser demandada por los acreedores como terceros legitimados que son (art. 1.111 C.C. en relación con el art. 21.3 Llei 5/2001)- puesto que también les es eventualmente exigible la responsabilidad individual en el orden penal -el propio contrato transaccional de reconocimiento de deuda otorgado entre las partes alude a algunas de ellas como posibles, y el art. 297 CP se refiere a las fundaciones como una de las formas societarias merecedora de la protección dispensada por los artículos precedentes relativos a los delitos societarios-, o en el concursal (art. 164 y 165 Ley 22/2003 de 9 jul.), o, en última instancia, conforme a las normas del C.C. (art. 1.902), que en esta concreta materia debe considerarse derecho supletorio de la regulación catalana de las fundaciones”.

Como se puede observar, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que no se puede aplicar a los patronos de las fundaciones el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. El problema de interpretación no debe suplirse, así pues, con la apelación a la analogía sino con la aplicación de los principios generales de responsabilidad. Según este mismo Tribunal, no cabe la aplicación analógica del sistema de responsabilidad de los administradores de la legislación de sociedades, porque, precisamente, el ordenamiento jurídico en su conjunto ya articula un sistema de responsabilidad (civil, penal, concursal, etc.) de los patronos de las fundaciones que hacen innecesario la aplicación analógica de las acciones de responsabilidad societarias a los gestores de estos entes.

Además, debe advertirse que este sistema de responsabilidad se completa con otras leyes, tales como la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, que contiene una norma específica aplicable a las fundaciones y

la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que atribuye responsabilidad subsidiaria a los administradores de personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios.

Y en relación con el requisito de la identidad, el fundamento de derecho cuarto de la citada Sentencia, señala que “...son especialmente remarcables dos notas diferenciadoras en las fundaciones frente a las sociedades anónimas: la persecución de fines de interés general - entre los cuales se suelen identificar los educativos y culturales (vid. art. 3.1 Ley 50/2002 de 26 diciembre, de Fundaciones)- y la ausencia de fin de lucro. [...]” añadiendo, que “[...] ello no quiere decir, ni mucho menos, que los patronos sean absolutamente irresponsables frente a terceros, puesto que aparte de su responsabilidad frente a la fundación (art. 21 Llei 5/2001), derivada de la obligación de diligencia que se le impone (art. 20.c Llei 5/2001) en el cumplimiento de su obligación de velar por que se cumplan los fines fundacionales (art. 15 Llei 5/2001), que también les puede ser exigida por los terceros legitimados (art. 21.3 Llei 5/2001), no pueden desecharse -como veremos más adelante- otros supuestos de responsabilidad individual de los patronos (ex art. 1.902 C.C.), si bien en ningún caso por analogía (p.e. ex art. 4.1 C.C.) con lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónima en los arts. 133, 135 y 262.5 LSA, al no concurrir el requisito de la identidad esencial exigido para ésta”.

A la vista de la jurisprudencia comentada debe rechazarse la posibilidad de integrar tanto el régimen de responsabilidad individual como el régimen de responsabilidad por deudas de los administradores de sociedades de capital en el régimen de responsabilidad de los patronos regulado en la Ley de Fundaciones ya que, como hemos visto, los Tribunales abogan por la aplicación de un régimen de responsabilidad civil peculiar, en la medida en que las fundaciones disponen de un régimen jurídico propio y diferente del aplicable a las sociedades de capital y les resulta de aplicación el derecho común.

2. Incidencia del concurso sobre la responsabilidad de los patronos en caso de insolvencia

2.1. Posibilidad de declarar en concurso a las fundaciones

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“Ley Concursal”)¹¹, ha optado por imponer los llamados principios de unidad legal y disciplina, que ha comportado el fin de la dispersión normativa, al unificarse en un único texto todo el Derecho concursal vigente, con algunas excepciones, y el fin del dualismo entre el régimen del deudor comerciante y del no

¹¹ Nótese que el pasado 18 de marzo de 2011 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. B.O.G.C., Congreso de los Diputados, IX Legislatura, 1 de abril de 2011, Serie A, número 119-1.

comerciante, tanto si se trata de personas físicas como de personas jurídicas, al establecer un único régimen jurídico para las situaciones concursales¹².

Tras la unificación en un procedimiento de todos los supuestos de insolvencia, cualesquiera personas jurídicas pueden ser declaradas en concurso¹³, tanto si así se prevé en su regulación específica como si no es así, sea a solicitud de la propia persona, sea a solicitud del acreedor o de cualquier otro legitimado, con la única excepción de las personas jurídico-públicas que quedan expresamente excluidas y estarán sujetas a la legislación especial (artículo 1.3 de la Ley Concursal).

Dado que las fundaciones son personas jurídicas¹⁴ hay que entender que les es plenamente de aplicación la Ley Concursal y pueden ser declaradas en concurso.

En relación con lo anterior, se debe tener en cuenta que la Ley de Fundaciones no introduce especialidad normativa alguna para las fundaciones en situación concursal por lo que los aspectos materiales y procesales del concurso de la fundación se regirán por lo dispuesto por la Ley Concursal.

Por lo que respecta a la normativa autonómica en esta materia, la normativa catalana, en congruencia con lo dispuesto en la legislación concursal, ha previsto expresamente la posibilidad de declarar en concurso a las fundaciones, de que éstas se disuelvan por la apertura de la fase de liquidación en el concurso (artículo 335-4 d) CCC) y ha reconocido la legitimación de los administradores concursales para ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos (artículo 332-11 2 e) CCC).

2.2. Las consecuencias de la declaración del concurso. La responsabilidad concursal prevista en el artículo 172.3 Ley Concursal

De los distintos efectos que resultan de la declaración de concurso interesa detener la atención en los derivados para los patronos de fundaciones. Ello implica considerar especialmente el régimen de responsabilidad concursal.

El artículo 172.3 de la Ley Concursal sanciona la previsión de una responsabilidad concursal. En concreto, la citada norma establece que si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la Sentencia podrá, además, condenar a los administradores de la persona jurídica, cuyo concurso se califique como culpable, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

¹² ROJO, A., "Comentario del artículo 1", en ROJO, A. y BELTRAN, E., (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas (2004), págs. 143 y 144.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario del artículo 1", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Volumen I, Tecnos, (2004), págs. 27 a 31.

¹⁴ Vid. artículo 35.1 del Código Civil.

Es pacífico entender que el patronato es el único órgano en las fundaciones que dispone de las funciones propias de un órgano de administración (gestión, gobierno, representación de la persona jurídica)¹⁵ y otras funciones tales como la facultad de modificar su propia configuración estatutaria u organización corporativa.

Este hecho se traduce en que en la Ley Concursal las referencias realizadas a “administradores” deberán entenderse aplicables al patronato cuando se analice un supuesto de hecho en el que haya involucrada una fundación.

En la doctrina mercantil se ha producido una profunda división de opiniones sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal. Así, mientras unos autores¹⁶ consideran que se trata de una responsabilidad por daños, es decir, una responsabilidad de naturaleza indemnizatoria, otros¹⁷ propugnan que se trata de una responsabilidad por deudas, es decir, una responsabilidad de naturaleza punitiva.

Es preciso recordar que en la responsabilidad por daños hay que demostrar la conexión causal entre (i) la conducta de los administradores derivada de un comportamiento doloso o culpable que ha contribuido a la generación o agravación del estado de insolvencia y (ii) el perjuicio patrimonial a los acreedores que ven sus créditos insatisfechos. Por su parte, en la responsabilidad por deudas se está al comportamiento doloso o gravemente negligente que ha contribuido a la generación o agravación del estado de insolvencia sin necesidad de demostrar la conexión causal entre la conducta de los administradores y el perjuicio causado a los acreedores.

El debate sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal es asimismo un tema no pacífico en sede judicial, dado que los distintos Juzgados y Tribunales que se han pronunciado sobre esta cuestión no mantienen un criterio uniforme. Hay dos corrientes diferenciadas en este ámbito: la defendida por la Audiencia Provincial de Barcelona,¹⁸ y que parece ahora acogida por el Tribunal Supremo, que sostiene que la responsabilidad concursal tiene naturaleza indemnizatoria (daños), y la defendida por la Audiencia Provincial de Madrid,¹⁹ que sostiene la tesis de que la naturaleza de la responsabilidad concursal es punitiva (deudas).

¹⁵ SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de...*, op. cit., págs. 64 y ss.; PEÑALOSA ESTEBAN, I y SANJURJO GONZÁLEZ, T., “Órganos de gobierno y relación...”, op. cit., págs. 195 y ss.

¹⁶ ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., “Efectos de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica”, en MAIRATA, J. (Coord.), *Aspectos Jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Volumen I, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, (2004), págs. 318 a 327; RONCERO, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de sociedades de capital (A propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la AP Barcelona de 19.03.07)”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7 (2007), págs. 154 a 162.

¹⁷ GARCÍA-CRUCES, J. A., “Comentario al artículo 172”, en ROJO, A. y BELTRAN, E., (Dirs.), *Comentario ...*, op. cit., págs. 2574 a 2602; ALCOVER, G., “Aproximación a la naturaleza jurídica de...”, op. cit., págs. 92 y ss.

¹⁸ Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fechas 6 de febrero de 2006 (La Ley 107120/2006), 19 marzo de 2007 (La Ley 113554/2007), 27 de abril de 2007 (La Ley 135132/2007) y 29 de noviembre de 2007 (La Ley 349533/2007). En el mismo sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de fechas 15 de noviembre de 2007 (La Ley 297313/2007) y 10 de marzo de 2008 (La Ley 89068/2008).

¹⁹ Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, de fechas 24 de septiembre de 2007 (La Ley 300121/2007), 18 de noviembre de 2008 (240706/2008) y 24 de marzo de 2009 (La Ley 34573/2009). En el mismo sentido, las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, 16 de enero de 2007 (La Ley 27578/2007); y del Juzgado de de Primera Instancia núm. 14 de Granada, de fecha 17 de octubre de 2006 (La Ley 186862/2006).

Por lo que respecta a la configuración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad por daños, valga por todas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 29 de noviembre de 2007 que dispone lo siguiente: *“En ocasiones anteriores, hemos interpretado este precepto [artículo 172.3 de la Ley Concursal] guiados esencialmente por los criterios hermenéuticos gramatical y lógico [desde el Auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05)], que nos llevaban y llevan en la actualidad a considerar que "se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: "la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...". Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa . Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador [...]"*.

En este sentido, muy recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de febrero de 2011²⁰ establece que: *“Ello sentado, el artículo 172, apartado 3 , cuya indebida aplicación se denuncia en el motivo, carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales - sean de hecho o de derecho - deriva de serles imputable - por haber contribuido, con dolo o culpa grave - la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de Restaurante Asador Vizcaya, SA, en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.*

En definitiva, tal como ha sido aplicada por la Audiencia Provincial, la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño [...]".

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, recurso de casación núm. 1626/2007, (LA LEY 4440/2011), por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 21 de mayo de 2007.

De las anteriores Sentencias se desprende que para imponer una condena a los administradores previamente deben realizarse dos juicios: el de la culpabilidad y el de la relación de causalidad.

Por otro lado, y por lo que respecta a la posición que sostiene que la responsabilidad concursal es de naturaleza punitiva, los propios Juzgados y Tribunales interpretan el artículo 172.3 de la Ley Concursal con diferente alcance, adoptando en determinadas ocasiones posturas que pueden llegar a ser muy severas, en función de si se considera o no que la sanción debe imponerse de forma automática u obligada a todos los patronos con independencia de la conducta individual de cada uno de ellos.

En relación con la primera postura, que podemos calificar como más severa, valga por todas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 marzo de 2009, en que se dispone *“Pero en el caso de autos, los hechos determinantes del carácter culpable del concurso que han sido acogidos por la sentencia afectan, por su naturaleza, a la totalidad de los administradores de una sociedad, salvo supuestos excepcionales que en este caso no se han alegado ni lógicamente probado. Es el órgano de administración el que está obligado a asegurarse de que se cumple la obligación legal de llevanza de la contabilidad conforme a las exigencias de la normativa contable. Y es dicho órgano de administración el que está obligado a la formulación de las cuentas anuales. Por tanto, los integrantes de dicho órgano de administración son responsables de las irregularidades en la llevanza de la contabilidad y en la formulación de las cuentas anuales, y si tales defectos son graves, de modo que sean relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada, es evidente que ello ha de deberse a la actuación intencional (y por tanto dolosa) de dichos administradores o bien a su negligencia grave al despreocuparse de tales obligaciones contables. Dado que para la Administración Concursal y para el Ministerio Fiscal no es posible penetrar en las interioridades del funcionamiento del órgano de administración ni en las motivaciones internas de cada persona afectada, no es exigible que precisen en sus respectivos informe y dictamen qué persona afectada por la calificación actuó con dolo y quien con culpa grave”.*

De una lectura de la anterior Sentencia, se puede llegar a la conclusión de que la sanción se impone en todo caso, por todo el déficit y al parecer a todos los administradores afectados por la calificación con independencia de la gravedad de la actuación de cada administrador lo que genera no pocas dudas desde el punto de vista del derecho sancionador. En este sentido, es preciso advertir, que numerosos autores²¹ han criticado la anterior Sentencia por considerar excesivo que se imponga la condena personal a todos los administradores de forma solidaria y en la misma cuantía sin hacer el esfuerzo de individualizarla cuando ello es posible.

En relación con la postura que aboga por individualizar la conducta de los patronos, destacamos la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Granada de fecha 17 de octubre

²¹ PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B., “La responsabilidad concursal (Análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2009)” en AA.VV., *2010 Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, La Ley (2010), págs. 416 a 423; ALCOVER, G., “Aproximación a la naturaleza jurídica...”, op. cit., págs. 106 a 108.

de 2006 que establece que “[...] la interpretación mas razonable de esta expresión, "podrá", parece llevarnos a que no debe imponerse de forma automática esta sanción, sino solo cuando en función de la gravedad de la conducta de los administradores se obtiene la conclusión de que su actuación dolosa o culposa es merecedora de ella, que se impondrá justificadamente, con mayor o menor extensión, condenando total o parcialmente a cubrir el déficit, en consideración a la actuación de las personas afectadas por la declaración. [...]

La posibilidad de imponer la sanción prevista en el artículo 172 .3 LC , no se supedita a una conducta o actuación concreta de los administradores definida legalmente, como en el caso del art. 262.5 LSA , resultando susceptible de aplicación a múltiples situaciones, que, como las previstas en el art. 164.1, 164.2 o 165 de la Ley Concursal , pueden determinar que el concurso sea declarado como culpable, y también a diferentes estados en los que pueden encontrarse los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, de modo que el legislador, al igual que tampoco define cuando procede imponer "total o parcialmente" esta sanción, parece dejar al criterio o arbitrio del juez la aplicación de esta sanción, una vez concurran los presupuestos arriba indicados para su aplicación, así como la determinación de su extensión, debiendo judicialmente explicarse, en cada caso, como así se ha pretendido en esta resolución, tanto las razones de la imposición de esta sanción facultativa, como los motivos que llevan a fijarla en una determinada extensión”.

Así las cosas, la determinación de la naturaleza aplicable a la responsabilidad concursal es fundamental para valorar las implicaciones que la declaración de concurso culpable de una fundación tiene para un patrono ya que será relevante en la fijación del alcance de la responsabilidad del patrono tanto en lo que se refiere a su afirmación como a su extensión.

2.3. La discrecionalidad judicial y la condena por responsabilidad concursal. La modulación de la responsabilidad concursal de los patronos atendiendo a la modulación prevista en la legislación de fundaciones

Una vez admitida la posibilidad de exigir responsabilidad concursal al patrono, procede analizar si los jueces disponen de un margen de discrecionalidad para condenar o no a los administradores de las personas jurídicas declaradas en concurso culpable y fijar el *quantum* de la condena.

La respuesta que debe darse a este tema tampoco está exenta de sombras y depende fundamentalmente de la posición que se defienda a la hora de establecer la naturaleza jurídica indemnizatoria o punitiva de la responsabilidad concursal. No obstante, en la práctica las consecuencias pueden no ser distintas en ambos supuestos²² aunque el modo de proceder para atribuir la responsabilidad concursal es diferente, lo que no impide que la forma de individualizar las conductas presuntamente responsables sea similar en ambos supuestos.

²² En este sentido se puede advertir la similitud en los criterios de imputación de responsabilidad utilizados en las ya citadas Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 19 de marzo de 2007 y del Juzgado de lo Mercantil de Granada de fecha 17 de octubre de 2006.

Efectivamente, en el supuesto de responsabilidad por daños el concurso se califica como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave y sólo después de la calificación de culpabilidad se estará a individualizar la responsabilidad de cada patrono en función de la conducta seguida en el ejercicio del cargo de acuerdo con las reglas de responsabilidad civil que aplican al patrono y su relación con la causación del daño.

Por contra, en los supuestos de responsabilidad punitiva, se puede defender que la sanción derivada de la responsabilidad concursal se impone o no al patrono en función de la conducta seguida por éste en el ejercicio del cargo, sin que sea necesario probar el enlace causal entre la conducta y la generación o agravación del daño. A los efectos de valorar la conducta seguida por el patrono en el ejercicio del cargo pueden ayudar los criterios establecidos en el régimen general previsto en el artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones.

2.3.1. Responsabilidad de naturaleza indemnizatoria

Así para los autores y la jurisprudencia que defienden la tesis de que la responsabilidad concursal es una responsabilidad de naturaleza indemnizatoria el término “podrá” utilizado por el artículo 172.3 de la Ley Concursal significa que se reconoce al Juez la potestad discrecional para adoptar la decisión de condenar o no, y fijar el contenido cuantitativo de la condena que puede alcanzar a todo o parte del importe impagado de los créditos.

Luego, tal y como sostiene la Audiencia Provincial de Barcelona en las Sentencias ya citadas, si puede condenar, es que también puede no condenar, y tanto si lo hace como si no debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa.

De conformidad con esta doctrina, en sede de fundaciones resultará preciso tener en cuenta que en el concurso el presupuesto de imputabilidad de la calificación culpable se relaciona con el deber de diligencia de los patronos en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. La responsabilidad concursal se vincula a un daño patrimonial causado por los patronos mediando un incumplimiento por éstos de su obligación de diligencia²³.

Esta configuración del presupuesto de responsabilidad concursal permite que dicha responsabilidad no tenga por qué jugar respecto de todos los patronos sino sólo de los patronos a los que quepa imputar individualmente o personalmente la generación o agravación del estado de insolvencia y el déficit en la satisfacción de los acreedores.

Por ello, el Juez del concurso debe valorar la conducta observada por cada patrono y, en consecuencia, ha de considerar la particular condena o absolución de forma individualizada. Es decir, la Sentencia de la pieza de calificación deberá concretar los aspectos subjetivos y el alcance cuantitativo de la responsabilidad concursal en función de criterios vinculados

²³ GÓMEZ SOLER, E., “La Responsabilidad concursal o la responsabilidad por déficit”, en GÓMEZ SOLER, E. y DÍAZ MARTÍNEZ, M. (Coord.), *La Calificación del concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch (2009), págs. 176 y ss.

necesariamente a la valoración de la observancia de los deberes generales de diligencia impuestos a los patronos en el ejercicio de las funciones propias del cargo²⁴.

Tratándose de una fundación, parece razonable pensar que el Juez del concurso, dentro del margen de apreciación que le reconoce la Ley Concursal, al tener que decidir sobre la condena o no a los patronos y el contenido de la misma, tenga en cuenta los criterios de exoneración previstos en el artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones, porque se refieren expresamente a la conducta individual llevada a cabo por los patronos para evitar el daño.

El grado de imputación de cada uno de los patronos en la generación o agravación del estado de insolvencia determinará cuáles de ellos deben responder concursalmente del daño causado (equivalente al fallido de los créditos de los acreedores) como consecuencia de esa actuación generadora o agravadora del estado de insolvencia y permitirá determinar el *quantum* de la responsabilidad individual de cada uno de ellos.

En este sentido, y en el ámbito de administradores de sociedades de capital, con una argumentación que podría ser también de aplicación a los patronos de fundaciones, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 19 de marzo de 2007 establece que *“Conviene aclarar que nada impediría en supuestos en que la conducta de los administradores concurre, junto con otras causas, en la generación y/o agravación del estado de insolvencia, graduar su responsabilidad en función de un porcentaje, como se hace en otros supuestos de concurrencia de culpas en responsabilidad civil, con arreglo al cual se les condenaría a pagar un tanto por ciento del importe de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, en función de su grado de participación en la generación y/o agravación de la insolvencia. Por lo tanto esta proporción vendrá determinada por la relación de causalidad, de modo que si se estima que la conducta del administrador o del liquidador fue la que generó la insolvencia se le debería condenar al pago de todos los créditos, mientras que si esta conducta contribuyó parcialmente a la generación de la insolvencia o bien la agravó, la sentencia podrá concluir en qué proporción es responsable, y en esa misma condena al pago de los créditos no satisfechos con lo obtenido de la liquidación”*.

Con el fin de poder valorar la diligencia seguida por cada patrono e individualizar su responsabilidad, el Juez, al menos, debería tener en cuenta los siguientes criterios: (i) tipo de fundación de que se trate (dotacional vs. empresarial), (ii) carácter remunerado o no del cargo y, especialmente, (iii) estructura del órgano de gobierno de la fundación y la función que desempeña el patrono.

(i) Tipo de fundación

Tal y como ha quedado expuesto anteriormente, tradicionalmente se venía señalando que a los patronos de las fundaciones dotacionales al no realizar éstas actividades económicas no se les

²⁴ GÓMEZ SOLER, E., “La Responsabilidad concursal...”, op. cit., págs. 179 y ss. En este sentido, el citado Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003 establece que el Juez podrá condenar “a todos o a algunos de los administradores” y en caso de pluralidad de condenados se deberá “individualizar” la conducta de cada uno de ellos (artículo 172 bis).

podía exigir con carácter general el mismo deber de diligencia que a los administradores de sociedades de capital.

No obstante, la evolución que han experimentado las fundaciones desde su consideración como un mero patrimonio (*universitas bonorum*) hasta la actual apreciación de su semejanza con las organizaciones empresariales, en las que impera la profesionalidad de la gestión en el ejercicio de la actividad económica e incluso se retribuye a los patronos, implica una obligación de una mayor diligencia de los patronos en el ejercicio de sus funciones.

(ii) Percepción de retribución o no por el patrono

Otro de los criterios que el Juez debería tener en cuenta para valorar la diligencia de los patronos consiste en la percepción de retribución o no del patrono por la prestación de servicios a la fundación. Nótese que el carácter gratuito del cargo de patrono implica que en el ámbito de la gestión impera la generosidad sobre la profesionalidad y la falta de cualificación dificulta una apreciación objetiva de su comportamiento.

Por ello, resulta oportuna la traslación de los criterios incorporados en el artículo 1.726 del Código Civil, que condiciona el rigor en la valoración judicial de la negligencia/diligencia del patrono al carácter gratuito de su cargo.

(iii) Estructura del órgano de gobierno de la fundación y la función que desempeña el patrono

Asimismo, el Juez debería analizar la estructura del órgano de gobierno de la fundación, la posición del patrono dentro de la estructura y la función que éste desempeña. De los diferentes criterios éste es uno de los que puede contribuir con mayor intensidad a la determinación de la responsabilidad concursal de los patronos. De hecho, la Jurisprudencia utiliza normalmente este criterio en supuestos de responsabilidad concursal para modular el alcance de la condena de modo individualizado en función del grado de participación de cada miembro del órgano de administración de sociedades de capital. Estos criterios pueden contribuir a valorar la actuación de los patronos como administradores, en relación con la Ley Concursal

En relación con este particular, es preciso advertir que las fundaciones han experimentando una evolución en su propia definición y, lógicamente, en la estructura de sus órganos de gobierno.

En efecto, la normativa vigente establece que el patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros con algunas excepciones²⁵.

²⁵ No son delegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado (artículo 16 de la Ley de Fundaciones). La normativa autonómica de Andalucía, Castilla y León, La Rioja, Cataluña y Valencia amplía el número de materias que se prohíbe delegar (por ej. actos de constitución de otra persona jurídica por lo que respecta a Andalucía (artículo 20 Ley 10/2005), establecimiento de Reglamentos de régimen interior de los centros que, en su caso, gestione la fundación por lo que respecta a Castilla y León (artículo 14 Ley 13/2002) y La Rioja (artículo 17 Ley 1/2007) y realización de actos de disposición sobre bienes que excedan de determinado valor por lo que

En este sentido, cada vez es más frecuente la existencia de fundaciones en las que el patronato está integrado por una multitud de miembros, sin que muchos de ellos tengan una participación activa en la administración diaria de la fundación y cuya intervención básicamente reside en la aprobación de las cuentas anuales.

En estos casos, es muy frecuente la existencia de comisiones delegadas, subordinadas al patronato, formadas por un reducido número de patronos que se encargan de representar y gestionar la fundación, a las que se pueden delegar las funciones y competencias que el patronato estime conveniente con las limitaciones que se establezcan en los estatutos o en la ley.

La normativa de Castilla y León²⁶ (artículo 14.3 Ley 13/2002) y de La Rioja (artículo 17.3 Ley 1/2007) establece que los estatutos podrán prever la existencia de otros órganos, colegiados o unipersonales, subordinados al Patronato, que podrán estar formados tanto por patronos como por personas en quienes no concurra tal condición.

Una consecuencia lógica de la profesionalización de las fundaciones consiste, asimismo, en la atribución de funciones de dirección ejecutiva u ordinaria en favor de un director general o gerente. La Ley de Fundaciones no especifica si esta función la puede desempeñar un patrono pero lo cierto es que nada impediría que el gestor fuera un patrono aunque lo habitual es que esta función la ejerce una persona ajena a la organización interna²⁷.

Nótese que la normativa de Cataluña exige que las fundaciones con más de veinticinco trabajadores en las que se produzca al menos una de las dos circunstancias siguientes: total del activo sea superior a 6 millones de euros o el importe anual del volumen anual de ingresos sea superior a tres millones de euros, contraten a una o más personas que no pueden ser miembros del patronato para que ejerzan las funciones de dirección de la gestión ordinaria de la fundación y de ejecución de los acuerdos del patronato.

Es preciso tener en cuenta que la delegación de facultades en comisiones ejecutivas o la atribución de funciones a directores generales, gerentes o asesores, no es causa suficiente de exoneración de responsabilidad del órgano delegante en el régimen general de responsabilidad civil, pues es frecuente en estos supuestos invocar la imputación por culpa “*in eligendo*”, “*in vigilando*” o “*in instruendo*”²⁸.

En este sentido, como hemos señalado anteriormente, la Ley de Fundaciones impone a los patronos la obligación genérica de desempeñar el cargo con la diligencia de un “representante leal”. Asimismo, hay que recordar que la Ley de Fundaciones dispone que los patronos deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos. Desde esta perspectiva, es preciso analizar si la generación o agravación del daño responde a una omisión del deber de

respecta a Cataluña (artículo 332-1 3 d) CCC) y la decisión sobre los conflictos de intereses por lo que respecta a Valencia (artículo 15 Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana).

²⁶ GARCÍA SERRANO, A., “El Derecho de Fundaciones en Castilla y León” en DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L., SANJURJO, T., (Dirs.), *Tratado...*, op. cit., págs. 442 y 443, señala que la incorporación de personas ajenas a al patronato es complicada y puede generar problemas interpretativos en materia de responsabilidad.

²⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de fecha 16 febrero 2004 que reconoce expresamente la posibilidad de que un patrono sea director-gerente de una fundación en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.4 de la Ley de Fundaciones (La Ley 11843/2004).

²⁸ SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de...*, op. cit., págs. 123 y 124.

diligencia imputable a todos, parte o ninguno de los patronos. Con el fin de valorar este extremo, será preciso tener en cuenta los criterios señalados en este apartado 2.3.1. y las circunstancias de cada caso. Esto es, será relevante tener en cuenta, entre otras cuestiones, (i) si el patrono tenía acceso a la documentación que informa de las actuaciones realizadas, de la situación económica de la compañía o tenía la posibilidad de acceder a ella y (ii) las actuaciones desarrolladas una vez se es consciente de la situación por la que atraviesa la fundación.

En relación con el acceso a la información, se pueden diferenciar dos situaciones:

a) Situaciones en las que el patrono no conoce ni puede conocer la información

Es preciso tener en cuenta que el desconocimiento por un patrono de la situación económica de una fundación por la imposibilidad de acceder a la información debido a una circunstancia grave y justificada como, por ejemplo, podría ser una enfermedad severa, debería ser motivo suficiente para exonerar la responsabilidad concursal del patrono ya que no se deberían imputar a éste daños que no haya causado con su inactividad justificada, precisamente por la ausencia de intervención²⁹. Este criterio serviría para exonerar de responsabilidad al patrono que atravesara esta difícil situación personal, pero no la de los demás, sobre la base de que cada patrono tiene la obligación individualizable de administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, lo que implica que cada patrono debe informarse y actuar diligentemente en el funcionamiento de la fundación.

En esta línea, la falta de acceso a la información por parte de un patrono que lleva a cabo una gestión activa y hace cuanto está en su mano para conocer la situación económica de la fundación (solicitud de estados contables, petición de balances y libros y solicitud de auditoría de cuentas) sin que sus peticiones sean atendidas y sin tomar ninguna decisión que genere o incremente el daño debería implicar su exoneración de responsabilidad³⁰.

b) Situaciones en las que el patrono conoce o pudo conocer la información

La falta de conocimiento de la situación financiera de una fundación por un patrono debido a, por ejemplo, la atribución de funciones de contabilidad a un gestor externo no puede excusar la responsabilidad concursal del patrono en caso de irregularidad en la contabilidad preparada por el gestor ya que al patrono le corresponde elegir a las personas a las que atribuye funciones que le corresponde a él realizar o supervisar³¹. Además, conviene señalar, como regla general, que la Ley de Fundaciones impone al patrono la obligación de llevar una contabilidad ordenada y por tanto una responsabilidad específica en materia de cuentas anuales (artículo 25 de la Ley de Fundaciones). Todo ello sin perjuicio de que se podría

²⁹ Vid. la ya citada Sentencia de la Audiencia de Jaén fecha 15 de noviembre de 2007, relativa a un supuesto de responsabilidad concursal de administradores de una sociedad de capital, cuyos criterios para apreciar la responsabilidad de los administradores pueden ser de aplicación a los patronos.

³⁰ Aunque referida a un supuesto distinto, es de interés la tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de abril de 2006 relativa a una acción individual de responsabilidad contra un administrador cuyos criterios de exoneración de responsabilidad podrían ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la actuación de un patrono.

³¹ Vid. la ya citada Sentencia de la Audiencia de Barcelona de fecha 27 de abril de 2007, relativa a un supuesto de responsabilidad concursal de administradores de una sociedad de capital por irregularidades contables y enajenaciones fraudulentas.

defender la exoneración de responsabilidad del patrono que en una situación concreta no puede razonablemente detectar la irregularidad contable a pesar de haber actuado con la diligencia ordinaria.

Por su parte, si se constata que una fundación está una situación económica precaria que se va agravando con el paso de los años y se maquilla hasta el punto de aparentar que existen beneficios, aunque no obstante ello, a través de las cuentas anuales, se puede llegar a conocer razonablemente la irregularidad existente, los patronos de la fundación que no hubiesen intervenido en la maquinación de la irregularidad contable si estuviesen informados de la documentación preparada y no hubiesen adoptado medidas para aclarar y solventar la situación podrían ser declarados culpables, sin perjuicio de que la condena que se imponga a cada uno de ellos podría ser distinta atendiendo al grado de participación en la gestión y decisiones adoptadas³². Nuevamente, es preciso recordar que los patronos tienen la obligación de informarse sobre la marcha de la fundación y comprobar que ésta se desarrolla adecuadamente.

Debe tenerse en cuenta que los criterios de exoneración de responsabilidad del órgano delegante en el régimen general de responsabilidad civil se han de tener en cuenta asimismo para valorar la responsabilidad concursal. Difícilmente exonerará al delegante la actuación del delegado que fue conocida o pudo ser conocida con diligencia en la supervisión.

De otro lado, y por lo que hace a la actuación de los patronos una vez conocida la situación de la fundación, en el caso de fundaciones que atraviesan una delicada situación económica y, a pesar de ello, los patronos no actúan en consecuencia adoptando decisiones encaminadas a solucionar la situación tales como la formalización de acuerdos de aumento del patrimonio fundacional o de solicitud de concurso, o adoptan decisiones contrarias a solucionar la situación como, por ejemplo, incrementar el endeudamiento de una fundación que no es capaz razonablemente de generar recursos para afrontar sus compromisos, difícilmente podrán exonerarse de la responsabilidad concursal ya que se debe considerar que actúan de forma negligente -generando o agravando la situación de insolvencia de la misma- por realizar una gestión antieconómica sin adoptar decisiones encaminadas a evitar el incumplimiento de obligaciones actuales o inminentes³³.

2.3.2. Responsabilidad de naturaleza sancionadora

Por otro lado, los autores que defienden la tesis de que la responsabilidad concursal es una responsabilidad de naturaleza sancionadora interpretan que el término “podrá” debe entenderse en el sentido de que el juzgador tiene la “facultad” de sancionar a los

³² Vid. la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 10 marzo de 2008, en sede de un concurso declarado culpable, ratifica la condena de inhabilitación impuesta a los miembros de un Consejo Rector de una Cooperativa con una argumentación que podría resultar de aplicación a los patronos de fundaciones.

³³ Vid. la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2011, relativa a un supuesto de responsabilidad concursal de administradores de una sociedad de capital a la que un administrador presta una suma de dinero a título personal, en una cuantía no relevante en atención al pasivo de ésta, y de forma paralela a la contratación y asunción de deudas en nombre de la sociedad, que se encuentra en una situación de desbalance patrimonial; Vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Mallorca de fecha 11 de junio de 2007 (La Ley 274265/2007) en un supuesto de pasividad del órgano de administración de una sociedad de capital ante una situación de insolvencia.

administradores a la asunción total o parcial del déficit cuando en función de la gravedad de la conducta de los administradores se obtiene la conclusión de que su actuación dolosa o culposa es merecedora de ella sin que sea necesaria prueba del enlace causal entre la conducta y la generación o agravación de la insolvencia. En efecto, lo relevante para el Juez debería ser la apreciación de una conducta culpable según lo previsto en la Ley Concursal y la participación de las personas afectadas por la calificación culpable en la conducta determinante del carácter culpable, sin que sea necesario probar el enlace causal entre la conducta y la generación o agravación del daño³⁴.

Si se defiende la posición de que se trata de una responsabilidad automática u obligada aplicable a todos los patronos por igual, adoptada por, entre otras, la ya mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 marzo de 2009 en relación con los administradores de una sociedad, se puede llegar a la conclusión de que la sanción se impone en todo caso, por todo el déficit y a todos los patronos afectados por la calificación cuando se cumplen dos requisitos, a saber: concurso de una persona culpable y su solución liquidatoria y todo ello con independencia de la gravedad de la actuación de cada administrador³⁵.

Por ello, y de aceptar la tesis que fija la Sentencia, no parece que resulte posible utilizar de forma exitosa los criterios de exoneración de responsabilidad de los patronos descritos anteriormente.

Si, por el contrario, y como parece más adecuado desde esta perspectiva, se llega a la conclusión de que la sanción no debe imponerse de forma automática sino tras un análisis de la conducta individualizada seguida por cada uno de los patronos cabe defender que el Juez³⁶, dentro del amplio margen de discrecionalidad que tiene en este ámbito, deberá valorar la diligencia seguida por cada patrono según los mismos criterios que han quedado expuestos en el apartado 2.3.1. anterior.

Valga por todas la ya citada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada de fecha 17 de octubre de 2006, relativo a una sociedad concursada que no llevaba ningún tipo de contabilidad, lo que determinó el carácter culpable del mismo y que las personas afectadas por éste fuesen los administradores sociales (matrimonio). En este caso se entendió que si bien se debía declarar culpable a los dos administradores por desatender por completo de sus obligaciones, el déficit del que debían responder cada uno no debía atribuirse en la misma proporción ya que uno de los miembros era el verdadero gestor mientras que el otro ocupaba el cargo de forma pasiva, basado en la confianza depositada en su esposo y coadministrador.

3. La relación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad civil por daños de los patronos. La compatibilidad de ambas responsabilidades

³⁴ PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B., "La responsabilidad concursal...", op. cit. , págs. 407 a 423.

³⁵ ALCOVER, G., "Aproximación a la naturaleza jurídica...", op. cit., pág. 107.

³⁶ En este sentido , y como se ha comentado anteriormente, el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003 establece que el Juez podrá condenar "a todos o a algunos de los administradores" y en caso de pluralidad de condenados se deberá "individualizar" la conducta de cada uno de ellos (artículo 172 bis).

Una vez expuesta la responsabilidad del patrono derivada de la Ley de Fundaciones y las consecuencias de la declaración de concurso, procede analizar la relación entre la responsabilidad civil derivada de la Ley de Fundaciones y la responsabilidad concursal y determinar si ambas acciones son compatibles y, por ende, si podrían ser ejercitadas simultáneamente.

Con el fin de analizar la compatibilidad entre ambas, es preciso analizar, en primer lugar, el contenido del artículo 48.2 de la Ley Concursal.

Este artículo presta especial atención a la acción que corresponde al deudor contra sus órganos por los daños causados con su actuación a la propia persona jurídica, esto es, a la acción fundacional en sede de fundaciones (artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones), legitimando al administrador concursal de la persona jurídica concursada para ejercitarla. Además, este precepto declara la compatibilidad de la acción concursal del artículo 172.3 de la Ley Concursal con las acciones que, en su caso, establezcan las leyes reguladoras de las diversas personas jurídicas con respecto a sus administradores o gestores³⁷.

Ello supone la adición del administrador concursal como sujeto legitimado para entablar la acción de responsabilidad en interés de la fundación que se vendrá a añadir a los mencionados en el artículo 17.3 de la Ley de Fundaciones. En efecto, tal y como ha sido expuesto con anterioridad en el apartado 1 de este artículo, la Ley de Fundaciones prevé que la acción de responsabilidad se entable por el propio órgano de gobierno de la fundación, por el protectorado, o por los patronos disidentes o ausentes, así como por el fundador cuando no fuere patrono.

Por lo que respecta a la normativa catalana, el CCC ha previsto expresamente la legitimación del administrador concursal para ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos (artículo 332-11, 2 e) CCC).

Por otra parte, el artículo 48.2 de la Ley Concursal atribuye competencia jurisdiccional para entender de la acción de responsabilidad en interés de la concursada al Juez del concurso.

Sin embargo, a diferencia de lo señalado en relación con la acción de responsabilidad en interés de la persona jurídica, la Ley Concursal no se refiere ni a la acción individual de responsabilidad (acción por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil por lo que respecta a fundaciones), que asiste a terceros, ni a la responsabilidad por deudas impuesta a los administradores de sociedades de capital. Como se ha anticipado, la consideración del régimen de una eventual responsabilidad por deudas carece de sentido en fundaciones.

En el ámbito del Derecho de sociedades, se ha suscitado cierta controversia doctrinal sobre la posible colisión y la necesidad de coordinar la acción derivada de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 de la Ley Concursal con la acción individual de responsabilidad

³⁷ Nótese que el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal añade un nuevo artículo 48 quater que restringe el alcance del régimen vigente, para atribuir competencia exclusiva a la administración concursal en el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores.

frente a los administradores de la sociedad concursada. Esta cuestión tiene interés si se considera que patrono es administrador a efectos de la Ley Concursal.

Al respecto, la mayoría de la doctrina³⁸ entiende que ésta es compatible con el concurso de acreedores. Según esta línea doctrinal, no existe interferencia con el concurso porque la acción individual de responsabilidad se dirige a la reparación del daño causado directamente al acreedor o al socio de modo que no incluye la satisfacción del crédito, por lo que no podría verse afectado por el principio de “*par conditio creditorum*”. Por tanto, atendiendo a las anteriores precisiones, los autores que sostienen esta línea doctrinal defienden que carece de sentido que la Ley Concursal establezca previsión alguna de coordinación entre ambas responsabilidades por resultar ésta innecesaria.

En defensa de la tesis contraria, determinados autores³⁹ entienden que, salvo en determinadas circunstancias, el ejercicio de la acción individual de responsabilidad debería quedar suspendida en tanto quepa la posibilidad de que los administradores puedan ser condenados por el Juez del concurso conforme a la responsabilidad del artículo 172.3 de la Ley Concursal, por cuanto en tal caso concurren la responsabilidad concursal y la responsabilidad individual de los administradores. Asimismo, entienden que la *par conditio creditorum* debería servir de fundamento para que la responsabilidad individual del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) sólo fuese exigible una vez cubierta la responsabilidad concursal de los administradores sociales en base al artículo 172.3 de la Ley Concursal. Las referencias realizadas a “administradores” por la doctrina deberán entenderse aplicables al patronato.

En relación con esta cuestión, es preciso advertir que no existe norma legal que impida, declarado el concurso de una fundación, que cualquier persona interesada pueda ejercitar contra los patronos la acción individual.

Esta compatibilidad entre ambas acciones, además, parece deducirse de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 17 de septiembre de 2009, comentada anteriormente, en la que al tratar sobre el régimen de responsabilidades de los patronos de las fundaciones, expresamente establece que les es exigible la responsabilidad concursal cuando el concurso de la fundación se declare culpable.

Finalmente, resulta importante destacar que, a falta de previsión expresa al respecto, la competencia del Juez del concurso no se extiende a las acciones individuales de responsabilidad contra los patronos ya que ésta acción no afecta al patrimonio del concurso y su esclarecimiento no es imprescindible a los efectos del proceso judicial⁴⁰. En consecuencia,

³⁸ Valga por todos BELTRÁN, E., “Comentario del artículo 48”, en ROJO, A. y BELTRAN, E., (Dirs.), *Comentario...*, op. cit., págs. 971 y ss; GARCÍA CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal” (Capítulo 7), en ROJO, Á.; BELTRÁN, E. [et al.], *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanc (2009), págs. 295 a 354.

³⁹ GUERREO LEBRÓN, M.J. y GÓMEZ PORRÚA, J. M., “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, (2005), págs. 1.965 a 1.988.

⁴⁰ CALDERÓN, P. “Comentario al artículo 9”, en ROJO, A. y BELTRAN, E., (Dirs.), *Comentario...*, op. cit., págs.311 a 318.

estas acciones de responsabilidad se deberán tramitar por el procedimiento declarativo que corresponda, según la cuantía de la reclamación.

4. Conclusiones

En definitiva, y a modo de conclusión, de todo lo anterior se desprende que:

- La normativa sobre fundaciones privadas establece, con carácter general, un régimen específico de responsabilidad de los patronos, que se circunscribe al ámbito de la responsabilidad civil por daños y participa en algunos aspectos del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. No obstante, debe rechazarse la posibilidad de aplicar por analogía a las fundaciones el régimen de responsabilidad societario de los administradores de sociedades mercantiles.
- Las fundaciones pueden ser declaradas en concurso y, en este sentido, resulta de aplicación a los patronos el régimen de responsabilidad concursal previsto en el artículo 172.3 de la Ley Concursal. Los criterios de exoneración de responsabilidad civil podrían utilizarse asimismo para modular la responsabilidad concursal. A estos efectos, los criterios que principalmente deben ser tenidos en cuenta para valorar la diligencia seguida por cada patrono e individualizar su responsabilidad, son los siguientes: (i) tipo de fundación de que se trate (dotacional vs. empresarial), (ii) carácter remunerado o no del cargo y (iii), especialmente, estructura del órgano de gobierno de la fundación y la función que desempeña el patrono.
- La acción individual de responsabilidad y la acción de responsabilidad concursal son compatibles. Las primeras se deberán tramitar por el procedimiento declarativo que corresponda, según la cuantía de la reclamación, y las segundas ante el Juez del concurso.

* * *