



2.ª EDICIÓ - GENER 2020

GUIA PRÀCTICA SOBRE DEURES I RÈGIM DE RESPONSABILITAT CIVIL DELS PATRONS EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

URÍA
MENÉNDEZ

ADVERTÈNCIA

Aquesta guia té una finalitat exclusivament divulgativa en relació amb determinats aspectes de la normativa sobre els deures i el règim de responsabilitat civil dels patrons de fundacions catalanes. En conseqüència, la informació i els comentaris que aquí es reflecteixen són de caràcter general i no constitueixen assessorament jurídic.

Aquesta guia està actualitzada al gener del 2020, i URÍA MENÉNDEZ no assumeix cap compromís d'actualització o revisió del seu contingut.

AUTORS



José Soria
Soci
jose.soria@uria.com



Alexandra Molina-Martell
Associada Coordinadora
alexandra.molina@uria.com



José Ramón Salelles
Catedràtic de Dret Mercantil
Universitat Pompeu Fabra



Carme Sanz
Associada
carme.sanz@uria.com

ÍNDEX

1. INTRODUCCIÓ	5
2. DEURES EXIGIBLES ALS PATRONS	7
2.1 Deure de diligència	7
2.1.1 Deures inherents al deure de diligència	9
2.1.2 Deure de vigilància o supervisió	10
2.1.3 Deure d'informar-se	12
2.1.4 Disposició del patrimoni fundacional	13
2.2 Deure de lleialtat	14
2.2.1 Deures inherents al deure de lleialtat	14
2.2.2 Especial referència al deure d'evitar el conflicte d'interès. L'autocontractació	15
3. RÈGIM DE RESPONSABILITAT CIVIL DELS PATRONS	17
3.1 Naturalesa	17
3.2 Pressupòsits	18
3.3 Subjectes responsables	18
3.3.1 Responsabilitat dels patrons versus responsabilitat del gerent o director general	19
3.3.2 Representant de la persona jurídica patrona	19
3.4 Causes d'exoneració de responsabilitat	20
3.5 Efectes: cessament o destitució del patró en relació amb el règim de responsabilitat	20
4. ACCIONS DE RESPONSABILITAT	21
4.1 Responsabilitat davant la fundació	21
4.2 Responsabilitat davant tercers	21
5. RESPONSABILITAT CONCURSAL	23
5.1 Deure de sol·licitar el concurs	23
5.2 Comunicació de negociacions i efectes	24
5.3 Responsabilitat dels patrons en la qualificació del concurs	24
5.4 La modulació de la responsabilitat concursal	26
5.5 Relació de la responsabilitat civil amb la responsabilitat concursal	27

En aplicació del que disposa l'article 149.3 de la Constitució Espanyola, l'article 118 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya recull la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya sobre el règim jurídic de les fundacions que compleixen les seves funcions majoritàriament a Catalunya.

Aquesta guia té per objecte analitzar i descriure, amb una orientació fonamentalment pràctica, els deures i el règim de responsabilitat civil dels patrons d'una fundació que exerceixi les seves funcions majoritàriament a Catalunya, subjecta a la normativa autonòmica. Així, amb aquesta guia es pretén il·lustrar, de manera gràfica, com han d'actuar els patrons per tal de complir els seus deures, i se'ls vol proporcionar unes pautes que puguin tenir en compte per a l'exercici del seu càrrec.

Es tractaran les següents qüestions relacionades amb el càrrec de patró:

- a) Els deures exigibles
- b) El règim de responsabilitat
- c) Les accions de responsabilitat
- d) La responsabilitat concursal

Per a l'elaboració d'aquesta guia s'han tingut en compte la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques (en endavant, la **Llei**), que conté la regulació sistemàtica del règim de fundacions als articles 331.1 *in fine* i següents, i la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal (en endavant, la **Llei Concursal**), per les seves indubtables implicacions en relació amb els deures dels patrons de les fundacions i el seu règim de responsabilitat.

Aquesta guia ha tingut en compte la normativa autonòmica catalana, d'aplicació, com s'avançava, en aquelles fundacions que desenvolupen les seves activitats majoritàriament al territori de Catalunya. No obstant això, quan es tracti d'una fundació que desenvolupi les seves activitats a tot el territori espanyol o principalment al territori de més d'una única comunitat autònoma, serà aplicable la legislació estatal, representada, eminentment, per la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de fundacions, i el Reial decret 1337/2005, d'11 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament de fundacions de competència estatal. Per a aquests casos, podeu consultar la *Guia pràctica sobre deberes y régimen de responsabilidad civil de los patronos* (Uría Menéndez, 2020).

Els patrons són nomenats per portar a terme l'efectiva administració i representació de la fundació, però, a més, se'ls atribueix unes competències de caràcter normatiu, estructural, que afecten de manera molt rellevant la vida de la fundació (*e. g.*, la modificació dels estatuts de la fundació, la seva fusió, extinció o liquidació). En aquesta guia ens centrarem en les primeres.

En aquest àmbit d'actuació, la Llei imposa als patrons que actuïn amb la diligència d'un «bon administrador» i que serveixin el càrrec «amb lleialtat a la fundació, actuant sempre en interès d'aquesta». No obstant això, no existeix una referència específica a allò que s'ha d'entendre per aquests estàndards de conducta, de manera que caldrà fer-ne una interpretació integradora per determinar-ne l'abast. Amb freqüència, s'ha recorregut al mandat o a l'administració de les societats de capital amb aquesta finalitat. També és recomanable, per tal d'orientar la conducta dels patrons, disposar d'un codi de bon govern que contribueixi a millorar la gestió i a definir amb més precisió l'estatut dels patrons. Amb aquesta finalitat, pot ser adequat considerar els documents sobre bon govern que s'han elaborat amb caràcter general, i cal tenir en compte el codi de conducta en el cas de fer inversions temporals en el mercat de valors (Acord CNMV, de 20 de febrer de 2019).

2.1 Deure de diligència

Quan la Llei preveu que els patrons han de desenvolupar el seu càrrec amb la diligència d'un «bon administrador», aquest deure de diligència es configura al mateix temps com una pauta de conducta i com una font d'obligacions. D'una banda, els patrons han de complir els diferents deures imposats per la Llei, pels estatuts i per altres normes internes de conducta de la fundació amb aquest nivell de diligència. D'altra banda, que els patrons hagin d'actuar com un bon administrador significa que, en l'exercici del càrrec, se'ls pot exigir una manera d'actuar d'acord amb aquest model de conducta: estan obligats a fer tot allò que en cada cas faria un bon administrador. Exercir efectivament el càrrec suposa complir altres deures als quals es fa referència en aquesta guia, com ara el deure de supervisar o controlar el funcionament dels assumptes de la fundació i el deure d'informar-se adequadament.

El deure d'actuar amb diligència no es configura, no obstant això, de manera abstracta, amb independència de les circumstàncies concurrents. Cal analitzar els paràmetres de diligència en funció de les circumstàncies objectives de cada cas. Això porta a una interpretació objectiva del deure de diligència segons el tipus i la magnitud del fi que constitueixi l'objecte fundacional, el caràcter gratuït del càrrec i, fins i tot, el particular estatut o posició d'un membre de l'òrgan de govern.

- (i) D'entrada, l'estudi de les fundacions actuals permet establir una diferència rellevant entre les fundacions que no realitzen una activitat econòmica i les que sí que ho fan.

Les primeres, que podem qualificar com a fundacions «dotacionals», s'acostumen a caracteritzar pel fet que els rendiments deriven de la dotació patrimonial del seu fundador i, eventualment, de donatius que reben. En aquest tipus de fundacions, el patronat es reuneix normalment només un cop a l'any per aprovar la gestió, els comptes i el pressupost.

A les segones, que podem qualificar com a fundacions «empresarials», el càrrec de patró comporta una dedicació important del seu temps, l'adopció de decisions financeres de transcendència i l'assumpció de responsabilitats semblants a les dels administradors de societats de capital.

Tenint en compte el que acabem de dir, sembla lògic que no es pugui exigir el mateix deure de diligència als patrons de fundacions dotacionals que als patrons de fundacions empresarials.

- (ii) D'altra banda, a pesar que es reconegui el dret a la bestreta i al reemborsament de les despeses degudament justificades, el càrrec de patró ha de ser, per imperatiu legal, gratuït. En aquest sentit, com en el mandat, la gratuïtat del càrrec d'alguna manera minora l'estàndard de diligència que es podria exigir als patrons si el seu càrrec fos remunerat.

Sens perjudici del que s'acaba de dir, la Llei permet, amb determinades limitacions, que els patrons puguin establir una relació laboral o professional retribuïda amb la fundació per a l'exercici de funcions diferenciades d'aquelles que són pròpies del càrrec de patró.

- (iii) Finalment, a més del tipus de fundació i de la gratuïtat del càrrec, també és rellevant l'estructura de l'òrgan de govern de la fundació, la posició del patró dintre de l'estructura (per exemple, president o secretari) i la funció que hi porta a terme. Així, quant a l'estructura de l'òrgan de govern, la Llei imposa la naturalesa col·legiada del patronat de les fundacions. A més, s'hi estableixen uns requisits imperatius de mínims, relatius a l'estructura dels òrgans col·legiats (*e. g.*, han d'estar compostos, com a mínim, per tres membres, un dels quals haurà de ser el president, i també s'ha de designar un secretari –que pot no tenir la condició de patró de la fundació).

En relació amb aquest punt, convé advertir també que les fundacions han experimentat una evolució en la seva pròpia definició i, lògicament, en l'estructura dels seus òrgans de govern.

Com es veurà en aquesta guia, la normativa vigent preveu que el patronat pugui, amb algunes excepcions, delegar les seves facultats en algun dels seus membres o en altres òrgans, sense que aquesta delegació eximeixi de responsabilitat l'òrgan delegant. Quan la delegació es fa a favor d'un o més dels seus membres, aquesta delegació es tradueix, a la pràctica, en la constitució de comissions delegades.

Així mateix, i pensant més aviat en les fundacions «empresarials», la mateixa Llei estimula la separació de les funcions de govern, que resten a les mans del patronat o dels òrgans delegants, de les de la gestió ordinària de la fundació. En aquest sentit, es preveu que les funcions relatives a la direcció de la gestió ordinària de la fundació es puguin atribuir a una o més persones (*e. g.*, directors generals, gerents o assessors). Aquesta atribució es pot fer a favor tant d'un tercer com d'un membre del patronat. En aquest últim cas, atenent els requisits específics que preveu la Llei (*e. g.*, cal presentar una declaració responsable prèvia, formalitzar un contracte amb la fundació, i el nombre de patrons amb relació laboral o professional no pot ser igual o inferior al nombre de patrons que s'exigeix per entendre el patronat vàlidament constituït), les funcions de direcció podran ser remunerades.

En aquests supòsits, el deure de diligència dels patrons es configura essencialment com un deure de vigilància per part seva sobre l'actuació d'aquests òrgans delegats o càrrecs, sens perjudici que, com s'apuntava més amunt, la delegació o atribució de facultats no eximeixi el patronat de les seves responsabilitats.

2.1.1 Deures inherents al deure de diligència

L'actuació diligent dels patrons exigeix una conducta activa per part seva i una decidida implicació en el compliment de les funcions que els corresponen, tant de gestió, en el seu diferent abast (per exemple, mitjançant l'elaboració de polítiques i estratègies generals, el nomenament de gerents o la realització de tasques de gestió ordinària), com d'impuls o d'altres deures relacionats amb la vida de la fundació (per exemple, la formulació dels comptes anuals o la preparació i redacció d'informes).

L'exercici d'aquestes facultats implica necessàriament un cert grau de discrecionalitat a l'hora de prendre decisions, especialment si es tracta de decisions de gestió, de caràcter estratègic o de negoci. Les decisions de negoci i d'estratègia que adopten de manera continuada els patrons o gestors no són una ciència exacta, sinó de resultat incert. Entre diverses alternatives, no sempre és fàcil determinar la més apropiada des del punt de vista del fi fundacional en el moment en què es pren la decisió, tot i que posteriorment les coses es puguin veure d'una manera diferent. L'obligació que assumeixen els patrons en acceptar el càrrec no és de resultats, sinó de mitjans, és a dir, exercir el càrrec i les seves funcions complint en tot moment la Llei i els estatuts de la fundació, i amb la diligència que els és exigible.

D'altra banda, atès que el patronat de la fundació funciona, necessàriament, de manera col·legiada, l'exercici efectiu del càrrec com a patró té una especial rellevància, ja que només d'aquesta manera es pot aconseguir que el patronat compleixi efectivament les funcions que li corresponen. També són més grans els riscos que alguns patrons puguin no prestar suficient atenció en l'exercici del càrrec. Per aquestes implicacions, és oportú destacar algunes de les conductes que es poden manifestar en l'exercici efectiu del càrrec de patró, sens perjudici de la seva adaptació necessària a determinades situacions. L'efectiu exercici del càrrec de patró suposa que els patrons duguin a terme, entre altres accions, les següents:

- (i) Dedicar el temps i l'esforç necessaris per seguir regularment les qüestions que planteja l'administració de la fundació.
- (ii) Analitzar l'ordre del dia de la reunió del patronat que s'hagi de celebrar i, si és possible i oportú, sol·licitar la inclusió de punts addicionals.

- (iii) Preparar adequadament les reunions del patronat i, si escau, de les comissions o òrgans delegats en què participin (per exemple, analitzant la informació proporcionada abans de la reunió i recollint qualsevol altra que pugui ser rellevant; sol·licitant aclariments o formulant les preguntes que considerin oportunes), amb la finalitat de poder deliberar de manera informada a les reunions.
- (iv) Assistir a les deliberacions del patronat i participar-hi i contribuir-hi activament, així com, si escau, a les comissions o òrgans delegats, proposant el debat de qüestions que es considerin rellevants, fins i tot quan no constin en l'ordre del dia.
- (v) En cas de no poder assistir personalment a la reunió del patronat, donar instruccions per a l'exercici del seu càrrec per representació.
- (vi) Sol·licitar al president del patronat la convocatòria de reunió del patronat, o promoure-la, si escau, juntament amb altres patrons, amb la finalitat de tractar assumptes d'interès per a l'administració de la fundació.
- (vii) Seguir l'execució dels acords adoptats i verificar-ne el compliment.
- (viii) Complir els deures comptables que els imposa la Llei, així com custodiar els llibres, tenir-los actualitzats i guardar secret sobre les informacions confidencials relatives a la fundació.
- (ix) Sol·licitar, juntament amb altres patrons, la convocatòria del patronat perquè aprovi la realització d'una auditoria interna a la fundació quan considerin que existeix alguna circumstància excepcional que així ho justifiqui.
- (x) En l'exercici de les facultats de disposició, atendre els principis de gestió economicista i equilibri financer, mantenint el rendiment i la utilitat dels béns i els drets que integren el patrimoni de la fundació i minimitzant les despeses implícites al seu desenvolupament, seguint criteris financers de prudència adequats a les circumstàncies econòmiques i a les activitats de la fundació; així com complir els deures de comunicació, declaració responsable o autorització per part del protectorat que imposa la Llei.

2.1.2 Deure de vigilància o supervisió

Com s'ha apuntat, la normativa vigent parteix del principi d'autonomia organitzativa i estableix expressament que el patronat podrà delegar les seves facultats i atorgar poders generals o especials a un o més dels seus membres, amb algunes excepcions.

En aquest sentit, cada cop és més freqüent l'existència de fundacions en les quals el patronat està integrat per una multitud de membres, molt pocs dels quals tenen una participació activa en l'administració diària de la fundació i la intervenció dels quals es redueix essencialment a l'aprovació dels comptes anuals.

En aquests supòsits, és molt freqüent l'existència de comissions delegades, subordinades al patronat, formades per un nombre reduït de patrons que s'encarreguen de representar i gestionar la fundació, a les quals es poden delegar les funcions i competències que el patronat estimi convenientes, amb les limitacions que s'estableixin als estatuts i a la Llei. A aquest efecte, es pot dir que les facultats que es preveuen imperativament com a indelegables corresponen a aquelles més transcendents per a l'efectiu govern de la fundació (*i. e.*, la modificació d'estatuts; la fusió, l'escissió o la dissolució de la fundació; l'elaboració

del pressupost o els comptes anuals; els actes de disposició sobre béns que, en conjunt o individualment, tinguin un valor superior a una vintena part de l'actiu de la fundació, llevat que es tracti de la venda de títols valor amb cotització oficial per un preu que sigui almenys el de cotització; la constitució o la dotació d'una altra persona jurídica; la fusió, l'escissió i la cessió de tots o una part dels actius i dels passius; la dissolució de societats o d'altres persones jurídiques; els actes que requereixen l'autorització o aprovació del protectorat o l'adopció i formalització d'una declaració responsable; i l'adopció i formalització de les declaracions responsables). No és dubtós, i especialment si tenim en compte que, d'acord amb les previsions de la Llei, com s'ha dit, l'òrgan delegant no queda exonerat de responsabilitat per l'actuació d'aquells en qui delega, que la supervisió de la gestió sigui una competència indelegable del patronat.

D'altra banda, una conseqüència lògica de la professionalització de les fundacions consisteix, així mateix, en l'atribució de funcions de direcció executiva o ordinària a favor d'un director general o gerent. Així, als gerents o directors generals se'ls encomanen la gestió ordinària de la fundació i l'execució de les polítiques i estratègies formulades pel patronat.

Aquesta separació entre les funcions de govern i les de la gestió ordinària s'ha reconegut expressament a la Llei, en un intent de fomentar la professionalització de la gestió i reafirmar la posició sobirana i independent de l'òrgan de govern en la seva funció de supervisió o control de les decisions executives dels equips de gestió. En aquest sentit, la Llei preveu que el patronat pugui designar una o més persones —que hauran de complir els requisits de capacitat, les previsions relatives a les causes d'inhabilitació i l'actuació en els supòsits de conflicte d'interès que es preveuen per a l'exercici del càrrec de patró— per exercir les funcions de direcció de la gestió ordinària de la fundació.

Patrons i gerents ocupen, per tant, posicions diverses en l'organització de la fundació, i la seva diferenciació permet identificar també diferents funcions, característicament relacionades amb el control dels primers i la gestió dels segons. En aquest sentit, el deure de diligència suposa, a més, el deure de vigilar la fundació activament i continuadament.

Els patrons han d'adoptar les mesures precises perquè sigui efectiu el control de l'activitat de la fundació. Aquest deure correspon individualment als patrons. D'aquesta manera, característicament, els patrons han de supervisar els òrgans i les persones en qui deleguen les seves facultats, i la tasca dels directius o gestors. Aquesta és una pràctica de bon govern de primer ordre. En els supòsits en què el patronat administra efectivament la fundació, la vigilància es referirà fonamentalment a l'actuació dels directius. En qualsevol cas, la vigilància suposa que els patrons tenen el deure de supervisar i controlar que la direcció de la fundació compleix els objectius marcats i respecta l'objecte i l'interès fundacional.

Per tant, la diligència obliga fonamentalment els patrons a conèixer les decisions més rellevants que es prenen sobre la gestió i la manera com s'executen els acords o decisions que s'han adoptat amb caràcter més general, com ara polítiques o estratègies generals. L'exercici efectiu del càrrec exigeix, doncs, la iniciativa dels patrons amb aquesta finalitat.

La diligència exigeix tenir en compte també els diferents riscos, financers i no financers (com ara els operatius, legals, mediambientals o relatius a la reputació), que poden afectar la fundació, i establir i verificar els sistemes més adequats per a la seva identificació i tractament.

El compliment d'aquesta funció de vigilància o supervisió ha de ser compatible amb les mateixes exigències de la gestió de la fundació, i pot fer oportuna alguna formalització del seu exercici, amb diversa complexitat segons el cas (per exemple, establint la manera de contactar amb un directiu). Integra, indubtablement, la diligència deguda pels patrons la consideració de les mesures més oportunes perquè es pugui exercitar efectivament la supervisió sense que minvin aquelles exigències.

El compliment d'aquesta funció com a patró presenta certes peculiaritats derivades del funcionament col·legiat del patronat. També pot ser il·lustratiu considerar algunes conductes que orienten la manera de procedir dels patrons, molt relacionades amb el dret d'informació, al qual es farà referència a continuació. El deure de vigilància o supervisió suposa, d'aquesta manera:

- (i) Requerir el president del patronat perquè faciliti determinada informació sobre la gestió o permeti determinades actuacions d'inspecció a la fundació.
- (ii) Sol·licitar al president l'assistència al patronat dels membres d'òrgans delegats o comissions, o dels membres del patronat en qui s'han delegat determinades funcions, així com dels directius o gerents, i proposar, si escau, al president o al patronat el nomenament o la destitució dels directius.
- (iii) Posar en coneixement del president del patronat o dels patrons els defectes que s'hagin apreciat en els sistemes de control de la fundació, i fer propostes de millora.
- (iv) Posar en coneixement del president del patronat o dels patrons les desviacions o males pràctiques que s'apreciïn en la gestió de la fundació.
- (v) Advertir el president del patronat o els patrons dels riscos dels quals es tingui coneixement, i proposar mesures per al seu tractament adequat.

2.1.3 Deure d'informar-se

Els patrons tenen el deure d'exigir, i el dret de rebre, la informació que sigui adequada i necessària per poder exercir el seu càrrec i complir les seves funcions. Obtenir i analitzar aquesta informació és imprescindible perquè l'actuació dels patrons sigui diligent, ja que només els patrons informats poden adoptar les mesures i decisions necessàries per al bon govern de la fundació. La informació dels patrons assegura el compliment de les funcions pròpies de la col·legialitat, ja que contribueix a la ponderació d'interessos i de punts de vista mitjançant la deliberació, i l'eficàcia en el compliment de les funcions pròpies del patronat. Tal com s'ha anticipat, només el patró adequadament informat pot controlar efectivament la gestió de la fundació.

L'accés a la informació té un indubtable abast material. Els patrons tenen el deure i el dret de demanar, rebre i accedir a la documentació, les dades i els fets que estiguin relacionats amb l'activitat de la fundació, per poder exercir correctament el seu càrrec i les seves funcions. La informació es pot reclamar també en relació amb operacions singulars de gestió.

D'altra banda, s'han de tenir en compte les implicacions derivades del seu exercici. Abans que se celebri una reunió del patronat, els patrons han de poder accedir a la informació que sigui necessària per tenir la possibilitat de deliberar i adoptar els acords sobre els assumptes que s'hi tractaran, ja que només així es podrà participar i contribuir d'una manera activa i informada a les reunions del patronat. Poden sol·licitar també els aclariments oportuns en relació amb la deliberació que tingui lloc a la reunió. D'altra banda, l'exercici d'aquest dret d'estar

informat ha de tenir en compte les característiques del funcionament col·legiat del patronat i la singularitat que pot derivar de l'especialització o descentralització de funcions al seu si.

El patró pot, per tant, dirigir-se al president o al secretari del patronat per requerir la informació que consideri oportuna, també en relació amb l'actuació dels gerents, directius o membres del patronat en qui s'hagin delegat funcions.

2.1.4 Disposició del patrimoni fundacional

L'administració de la fundació integra la disposició del patrimoni fundacional.

D'entrada, la Llei, amb caràcter general, imposa als patrons el deure de conservar els béns de la fundació i de mantenir-ne la productivitat, seguint criteris financers de prudència adequats a les circumstàncies i a les activitats que duu a terme la fundació. Això comporta que l'actuació dels patrons estigui informada pels principis de gestió economicista i equilibri financer.

A més, en relació amb els béns que integren la dotació i els destinats directament al compliment de les finalitats fundacionals, la Llei preveu que aquests només poden ser alienats o gravats a títol oneros i respectant les condicions posades pels fundadors o els aportants. El producte que se n'obtingui s'ha de destinar necessàriament a l'adquisició o millorament d'altres béns, aplicant el principi de subrogació real.

En relació amb aquest punt, la Llei encara preveu la fiscalització administrativa d'una part important dels actes de disposició per part del patronat –si bé en la seva redacció actual s'ha buscat dotar el règim dels actes de disposició de més flexibilitat. Aquest règim, de caràcter preventiu, s'articula a través de la previsió de comunicació, declaració responsable o aprovació per part del protectorat de determinats actes de disposició.

Així, per als casos en què no es pot garantir l'aplicació del principi de subrogació real que esmentàvem abans, la Llei imposa als patrons que presentin una declaració responsable al protectorat en què es facin constar les circumstàncies excepcionals que ho impedeixen, adjuntant-hi un informe subscrit per tècnics independents que acrediti la necessitat de l'acte de disposició, les raons que justifiquen la no reinversió i la destinació que es donarà al producte no reinvertit, que ha d'estar sempre dintre de les finalitats de la fundació.

També, i en qualsevol cas, els actes d'alienació o gravamen de béns immobles, establiments mercantils o béns mobles, amb un valor de mercat superior a 15.000 euros, s'han de comunicar al protectorat amb caràcter previ a la seva execució. Així mateix, quan el valor de mercat supera els 100.000 euros o el 20 % de l'actiu de la fundació que resulti del darrer balanç aprovat, el patronat, abans de la perfecció del contracte, ha de presentar una declaració responsable al protectorat en què faci constar que l'operació és beneficiosa per a la fundació, i ha d'aportar un informe subscrit per tècnics independents que acrediti que l'operació respon a criteris economicofinancers i de mercat.

La Llei exigeix l'autorització prèvia del protectorat per a la disposició, gravamen o administració extraordinària en els casos següents: quan el donant ho ha exigint expressament; quan ho estableix una disposició estatutària, i quan els béns o drets objecte de disposició s'han rebut d'institucions públiques o s'han adquirit amb fons públics. Si, en el termini de dos mesos des de la comunicació, no s'ha obtingut resposta per part del protectorat, opera el silenci administratiu positiu.

També es requereix l'autorització prèvia del protectorat per als casos de participació en societats de caràcter personalista o comunicació al protectorat quan la fundació adquireix una participació de control, directa o indirecta, en societats de capital.

La Llei permet que la fundació gestioni directament explotacions econòmiques quan l'exercici de l'activitat coincideixi amb la finalitat fundacional o amb una part d'aquesta finalitat, o quan es tracti d'una activitat accessòria o subordinada a la finalitat fundacional o a una part d'aquesta finalitat.

Finalment, s'ha de tenir en compte que les fundacions, en el termini de quatre exercicis a comptar de l'inici de l'exercici següent al de l'acreditació comptable, han d'aplicar almenys el 70 % de les rendes i de la resta dels ingressos nets anuals que obtinguin una vegada complertes les finalitats fundacionals –s'exclouen d'aquest percentatge el producte obtingut amb l'alienació dels béns de la fundació que el patronat ha acordat reinvertir, i els donatius i altres recursos obtinguts que es destinin a incrementar la dotació. La resta s'ha d'aplicar al compliment diferit d'aquestes finalitats o a l'increment dels fons propis de la fundació. Correspon al patronat aprovar les formes d'aplicació d'aquest romanent.

Per tant, el patronat, en l'exercici de les seves funcions, ha de procurar complir aquestes obligacions a l'hora de decidir sobre la disposició del patrimoni de la fundació.

2.2 Deure de lleialtat

El deure de lleialtat requereix que el patró exerceixi les seves funcions en tot moment en interès de la fundació. També en aquest cas la seva actuació s'ha d'ajustar a un model de conducta ofert pel legislador: els patrons han de desenvolupar el seu càrrec amb lleialtat a la fundació. El deure de lleialtat obliga el patró a actuar de bona fe i orientat per allò que sigui més favorable per a la fundació que administra. Aquesta exigència s'imposa al patró en relació amb el compliment dels deures que implica l'administració i representació de la fundació, amb independència de la funció que pugui correspondre al patronat de la fundació. Tant si es tracta d'un patronat amb funcions primordialment orientades al control i la supervisió, com si es tracta d'un patronat que efectivament administra la fundació, els patrons tenen els mateixos deures de lleialtat en relació amb l'interès de la fundació.

En la naturalesa dels interessos que s'intenten protegir es troba el caràcter relatiu de les prohibicions establertes, de manera que, com es veurà a l'apartat dedicat a l'autocontractació, és possible la dispensa de les prohibicions mitjançant l'aportació d'una declaració responsable al protectorat.

2.2.1 Deures inherents al deure de lleialtat

Si bé, com s'ha dit, la Llei no estableix els deures en què es concreta l'exercici del deure de lleialtat, es pot considerar que aquest deure obliga els patrons a:

- (i) Exercir el seu càrrec amb la lleialtat d'un representant lleial, actuant de bona fe i en el millor interès de la fundació.
- (ii) No exercitar les seves facultats amb fins diferents d'aquells per als quals els han estat concedides (ja siguin concedides als estatuts o per poder, per exemple).

- (iii) No divulgar informació, dades, informes o antecedents als quals hagin tingut accés en l'exercici del seu càrrec, fins i tot quan hagin deixat de ser patrons, excepte en els casos permesos per la llei o quan siguin requerits.
- (iv) No incórrer en situació de conflicte d'interès.
- (v) Exercir les funcions sota la seva pròpia responsabilitat, amb llibertat de criteri i independència respecte d'instruccions i vinculacions de tercers.
- (vi) Adoptar mesures per tal d'evitar situacions en les quals els seus interessos, per compte propi o aliè, puguin entrar en conflicte amb l'interès de la fundació i amb els seus deures respecte de la fundació.

2.2.2 Especial referència al deure d'evitar el conflicte d'interès. L'autocontractació

Evitar les situacions de conflicte d'interès té una gran rellevància com a deure de conducta derivat del deure de lleialtat. El conflicte d'interès es produeix sempre que el patró es troba en una situació en la qual els seus interessos o, si s'escau, els del tercer a qui representa poden entrar en conflicte amb l'interès de la fundació. No cal que el conflicte sigui actual, i es produeix amb independència que del conflicte d'interessos pugui derivar un perjudici per a la fundació. És suficient que existeixi la possibilitat que el patró no actui orientat per l'interès de la fundació, sinó per satisfer un interès diferent, personal, sigui pel seu propi compte o per compte aliè.

El tractament del conflicte d'interès és diferent segons si el patró és una persona física o una persona jurídica. S'equipara a l'interès personal del patró el del seu cònjuge, el d'altres persones amb qui estigui especialment lligat per vincles d'afectivitat, el dels seus parents en línia recta i, en línia col·lateral, fins al tercer grau de consanguinitat o afinitat, i el de les persones jurídiques en les quals exerceixi funcions d'administració o amb les quals constitueixi, directament o per mitjà d'una persona interposada, una unitat de decisió, d'acord amb la legislació mercantil.

En aquest sentit, la Llei preveu la prohibició expressa que els patrons intervinguin en la presa de decisions o en l'adopció d'acords relatius als assumptes en els quals estiguin en conflicte d'interès amb la fundació.

Els patrons que es trobin en una situació de conflicte d'interès ho han de comunicar al patronat i, abans de l'adopció de l'acord en el qual pugui existir conflicte d'interès, han de facilitar tota la informació que sigui rellevant i abstenir-se d'intervenir en la seva deliberació i votació.

Aquest deure d'evitar situacions de conflicte d'interès imposa, de manera particular, que, per tal que els patrons puguin contractar amb la fundació, ja sigui en nom propi o d'un tercer, hagin d'adoptar una declaració responsable i presentar-la al protectorat, juntament amb la documentació justificativa pertinent. Aquest requisit s'estén a les persones físiques que actuen com a representants dels patrons.

D'aquesta manera, es preveu la possibilitat de realitzar l'acord o contracte objecte de la declaració responsable, tot i incórrer en un supòsit de conflicte d'interès i sens perjudici de les facultats de supervisió que té el protectorat.

L'actuació del patró en una situació de conflicte d'interès podria activar la legitimació del protectorat per tal d'impugnar l'acord que s'hagués adoptat, sens perjudici de la responsabilitat en què pugui incórrer el patró.

La normativa sobre fundacions privades estableix, amb caràcter general, un règim específic de responsabilitat dels patrons que se circumscriu a l'àmbit de la responsabilitat civil. Això no obsta que puguin donar-se altres tipus de responsabilitat –per exemple, penal o administrativa–, de conformitat amb el règim jurídic aplicable a cada cas, però interessa que ens centrem, en aquesta guia, en la seva dimensió de responsabilitat civil.

La responsabilitat civil dels patrons pot ser de dos tipus:

- (i) Interna. Els patrons responen de l'incompliment dels seus deures davant la fundació, sota el règim previst a la mateixa Llei.
- (ii) Externa. Els patrons responen davant qualsevol tercer els interessos del qual hagin estat danyats directament per actes o omissions dolosos o culposos dels patrons en l'exercici del seu càrrec, sota el règim previst a la mateixa Llei.

Per tal d'exigir responsabilitat als patrons, es poden exercitar les accions de responsabilitat que preveu la Llei, i que s'analitzen en aquesta guia.

El règim de responsabilitat aplicable als patrons és un règim preventiu, és a dir, la seva finalitat és incentivar els patrons a complir els seus deures, fomentar el control de la seva gestió i rescabalar els danys ocasionats a la fundació o a qualsevol tercer per l'incompliment de les obligacions assumides per qui disposa de les facultats de gestió i representació de la persona jurídica.

3.1 Naturalesa

La responsabilitat en què poden incórrer els patrons és de diferents tipus:

- (i) Legal, ja que les obligacions que han de complir i les conseqüències derivades del seu incompliment estan previstes a la Llei.
- (ii) Orgànica, perquè s'exigeix a una persona física o jurídica que sigui patró de la fundació i, en conseqüència, en la seva condició de membre del patronat.
- (iii) Personal, perquè s'exigeix a la persona física o jurídica que exerceixi el càrrec de patró, i no al patronat.

- (iv) Solidària, perquè es basa en la presumpció que el dany causat és degut a la conducta de tots els membres del patronat (excepte prova en contrari). Per tant, es pot interposar una demanda contra qualsevol dels patrons (per exemple, contra el més solvent) i sol·licitar la indemnització corresponent, sens perjudici que el patró que pagui tota la indemnització pugui reclamar després a la resta dels patrons l'import que correspongui.
- (v) Rescabaladora, perquè la responsabilitat dels patrons té com a finalitat compensar el dany causat a la fundació o a tercers, segons correspongui. Els patrons no assumeixen responsabilitat per deutes de la fundació.

3.2 Pressupòsits

La responsabilitat dels patrons neix quan, de manera intencionada o negligent, realitzen un acte il·lícit que ocasiona un dany a la fundació o a tercers.

Per tal que un patró es pugui considerar responsable, han de concórrer els següents pressupòsits, en aplicació de les regles generals de la responsabilitat civil:

- (i) Que es produeixi un acte o omisió del patró.
- (ii) Que aquest acte o omisió sigui contrari a la llei o als estatuts de la fundació, o suposi la inobservança de la diligència amb la qual ha d'exercir el càrrec.
- (iii) Que aquest acte o omisió causi un dany que sigui real i avaluable econòmicament, ja sigui a la fundació o als interessos de tercers. El dany causat inclou tant el dany emergent (disminució real i efectiva experimentada pel patrimoni) com el lucre cessant (benefici que, amb una alta probabilitat o gairebé certa, el perjudicat hauria deixat d'obtenir).
- (iv) Que la conducta del patró sigui intencionada o negligent.
- (v) Que el dany causat sigui conseqüència de l'acte o omisió del patró, de manera que pugui relacionar-se causalment amb la seva conducta (s'exclouen els danys produïts per causes imprevisibles o que, tot i ser previsibles, no es puguin evitar).

3.3 Subjectes responsables

Tal com s'ha exposat amb anterioritat, és possible que el patronat delegui les seves funcions en algun dels seus membres i creï també comissions de caràcter auxiliar en relació amb les tasques que li corresponen.

Així mateix, per previsió expressa a la Llei i en connexió amb el deure de vigilància o supervisió dels patrons, la delegació de facultats en comissions executives o l'atribució de funcions a directors generals, gerents o assessors, com s'ha avançat, no és causa d'exoneració de responsabilitat de l'òrgan delegant. El mateix passa en el règim general de responsabilitat civil, ja que és freqüent en aquests supòsits invocar la imputació per culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in instruendo*.

Finalment, convé destacar que tota persona que actua com a patró de la fundació està subjecta al règim de responsabilitat dels patrons. Per tant, són responsables, sempre que concorren els pressupòsits examinats, tant els patrons «de dret», entesos com aquells efectivament designats i inscrits en el seu càrrec, com els patrons «de fet», als quals se'ls fan extensius els deures previstos legalment per als primers.

A aquest efecte, la figura del patró «de fet» s'ha d'entendre, en sentit ampli, com una categoria que comprendria el conjunt de supòsits en els quals no s'ha produït pròpiament la designació per la fundació d'aquells que actuen com els seus patrons. Es pot considerar també, en un sentit més restringit, freqüent en la pràctica, com a patrons «de fet» aquells que, havent estat designats, exerceixen el càrrec quan aquest ja ha caducat o quan han estat designats de manera defectuosa.

3.3.1 Responsabilitat dels patrons *versus* responsabilitat del gerent o director general

De la diferent posició i funcions assumides pel patró i pel gerent o director general deriven també implicacions diferents per al règim de responsabilitat. Per abordar aquestes relacions, és oportú distingir entre el càrrec de patró i el de gerent o director general:

- (i) El patró està vinculat a la fundació mitjançant una relació civil, de caràcter orgànic, que li atorga facultats per administrar la fundació i representar-la davant tercers.
- (ii) El gerent o director general està vinculat a la fundació per un contracte laboral i pot ser un apoderat que, en tot cas, està sotmès jeràrquicament al patronat. A més, del seu càrrec no deriven facultats de representació de la fundació, sens perjudici dels poders que se li puguin conferir.

Com s'ha esmentat abans, els patrons tenen el deure de gestionar i impulsar la fundació per a la realització del seu fi, i han de vetllar, en tot moment, pel seu interès. La responsabilitat dels patrons els obliga a respondre en escollir, designar i instruir el gerent o director general, i en supervisar i controlar la gestió i direcció de la fundació que aquest porta a terme. Els requisits de culpabilitat i nexa causal que, com s'ha vist, han de ser presents a l'hora de determinar la responsabilitat d'un patró, es veuen complerts en atribuir al patró una conducta culpable i poc diligent en el compliment dels seus deures de control i supervisió de la gestió de la fundació.

Aquest règim, per contra, no és aplicable al gerent o director general, que no ostenta la condició d'òrgan de la fundació. S'ha d'atendre, doncs, al tipus de relació que l'uneix a aquesta.

En termes generals, al gerent o director general se li atorga un mandat específic en virtut del contracte celebrat, en relació amb unes competències i facultats determinades, i ha de vetllar pel bon fi del seu mandat, sense que se li puguin exigir els deures de vigilar i vetllar per la consecució del fi fundacional i per la protecció de l'interès de la fundació, més enllà del mandat i l'àmbit fundacional que li han estat conferits.

Se li ha de reclamar, doncs, la responsabilitat civil dins del marc de la responsabilitat contractual, sens perjudici de la responsabilitat que derivi eventualment de la legislació laboral.

3.3.2 Representant de la persona jurídica patrona

Les persones jurídiques poden ser patrones d'una fundació, i és freqüent que participin en l'administració de les fundacions. Si és així, la persona jurídica administradora ha de designar una persona física que la representi.

En aquest cas, la responsabilitat recau sobre la persona jurídica que exerceix el càrrec de patró de la fundació, sens perjudici de l'acció de rescabament del dany que aquesta té contra la seva persona física representant.

3.4 Causes d'exoneració de responsabilitat

De manera general, si no es compleixen els pressupòsits de responsabilitat esmentats en el règim general de responsabilitat civil, no es pot exigir responsabilitat als patrons.

Així, la Llei preveu una sèrie de causes d'exoneració, les quals estan vinculades a l'estructura del patronat. El fet de ser un òrgan col·legiat, d'actuació conjunta, permet estructurar un sistema d'actuació lligat a l'efectiva intervenció o oposició en la presa de decisió de l'acord o acte lesiu.

La responsabilitat, en principi, s'ha d'imputar a persones determinades. No obstant això, quan no és possible, responen tots els membres del patronat, amb excepció d'aquells qui:

- (i) S'han oposat a l'acord i no han intervingut en l'execució.
- (ii) No han intervingut ni en l'adopció ni en l'execució de l'acord, sempre que hagin fet tots els possibles per evitar el dany o, almenys, s'hi hagin oposat formalment en saber-ho.

A més, la responsabilitat, quan és imputable a més d'una persona, té caràcter solidari.

Pel que fa a la càrrega de la prova dels elements fonamentals que constitueixen la responsabilitat dels patrons, la Llei, si bé no conté una previsió directa, estableix que no es pot considerar responsable el patró que sigui capaç de provar que concorre alguna de les causes d'exoneració esmentades anteriorment.

Així, en l'exercici del seu càrrec, els patrons han de tenir en compte les implicacions dels seus actes per tal de, d'aquesta manera, adoptar les mesures que siguin reveladores de la seva manera d'actuar diligent, d'acord amb l'interès de la fundació.

3.5 Efectes: cessament o destitució del patró en relació amb el règim de responsabilitat

En el règim de substitució, cessament i suspensió dels patrons, la Llei assenyalava una causa estretament relacionada amb el règim de responsabilitat.

La Llei preveu com una de les causes de cessament dels patrons l'acolliment de l'acció de responsabilitat interposada contra els patrons per danys a la fundació.

En relació amb aquesta causa de cessament, es requereix la fermesa de la resolució que es dicti en el procediment de responsabilitat civil contra el patró, i que aquesta hagi estimat l'acció de responsabilitat.

A més, la Llei preveu que, quan s'exerceix l'acció de responsabilitat contra una persona jurídica, l'estimació d'aquesta acció inhabilita per a l'exercici de les funcions de patró les persones que la representaven al patronat quan es van produir els fets constitutius de responsabilitat, però no determina que cessin en el govern, llevat que l'autoritat judicial disposi una altra cosa, ateses les circumstàncies del cas. Així mateix, l'estimació de l'acció de responsabilitat contra el membre del patronat designat per raó d'un càrrec no impedeix la designació de les persones que l'ocupin posteriorment.

Finalment, pel que fa a la legitimació activa per a la interposició de l'acció de responsabilitat, la Llei la reconeix a favor de la fundació (mitjançant un acord del patronat), el protectorat, qualsevol dels patrons dissidents o que no hagin intervingut en l'adopció o execució de l'acord o acte determinant de la responsabilitat, els fundadors i els administradors concursals.

4.1 Responsabilitat davant la fundació

La responsabilitat civil dels patrons es pot exigir mitjançant l'acció de responsabilitat prevista a la Llei, denominada *acció fundacional de responsabilitat* o *acció en interès de la fundació*.

Com s'ha apuntat a l'apartat anterior, la Llei disposa que l'acció de responsabilitat l'entaularà davant l'autoritat judicial i en nom de la fundació: *a)* el mateix òrgan de govern de la fundació, després d'un acord previ en l'adopció del qual no participa el patró afectat; *b)* el protectorat; *c)* els patrons dissidents o que no hagin intervingut en l'adopció o execució de l'acord o acte determinant de la responsabilitat; *d)* els fundadors, o *e)* els administradors concursals, d'acord amb la Llei.

L'acció de responsabilitat dels patrons ho és davant la fundació, i s'exerceix contra els patrons que hagin causat un dany al patrimoni de la fundació per actes o omissions contraris a la Llei o als estatuts de la fundació, i persegueix la finalitat que es repari íntegrament el dany causat perquè aquesta pugui reconstruir-lo.

La Llei preveu que l'acció que s'exercita en interès de la fundació prescriu al cap de tres anys de la data en què els responsables cessin en el seu càrrec.

4.2 Responsabilitat davant tercers

La responsabilitat civil dels patrons també la poden exigir, mitjançant l'acció de responsabilitat, les terceres persones que s'hagin vist perjudicades per una actuació negligent o dolosa del patró en l'exercici del seu càrrec.

Aquesta acció es preveu per rescabalar els danys causats en l'esfera privada de terceres persones alienes a la fundació a causa de l'exercici il·lícit del càrrec de patró.

Pel que fa al termini de prescripció de l'acció, la Llei estableix que prescriu al cap de tres anys a comptar del moment en què, nascuda i exercible la pretensió, la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual es pot exercir.

Dels diferents efectes que es desprenen de la declaració de concurs, interessa fixar l'atenció en els que afecten els patrons de fundacions. Això implica tenir especialment en consideració el règim de responsabilitat concursal.

En la mesura en què, com s'ha indicat, els patrons assumeixen funcions d'administració de la fundació, les referències a la Llei Concursal fetes als administradors s'han d'entendre aplicables als patrons quan s'analitza un supòsit de fet en el qual es troba involucrada una fundació.

Així doncs, la concurrència del pressupòsit objectiu d'insolvència determina l'existència de deures particulars dels patrons de la fundació i d'un règim especial de responsabilitat. D'una banda, perquè el deutor, davant d'una situació d'insolvència actual, té el deure de sol·licitar concurs, amb la qual cosa es busca la declaració tempestiva del concurs en protecció del seu patrimoni i del conjunt dels creditors, en oferir més possibilitats d'optar per una solució de concurs. D'altra banda, perquè els patrons poden tenir una responsabilitat especial en la generació o agreujament de la situació d'insolvència en perjudici dels creditors, com a efectes estretament relacionats amb la seva passivitat davant la concurrència del pressupòsit d'insolvència. Si aquest fos el cas, el seu patrimoni podria resultar embargat des del primer moment per garantir el pagament dels creditors, com una manera de reintegrar el patrimoni de la fundació declarada en concurs. Els patrons poden ser finalment condemnats a pagar part dels crèdits que no haguessin estat satisfets amb la liquidació, si se'ls declarés persones afectades per la sentència que qualifica la culpabilitat del concurs.

5.1 Deure de sol·licitar el concurs

Els patrons tenen el deure de sol·licitar la declaració de concurs dintre dels dos mesos següents a la data en què hagin conegut o hagin hagut de conèixer la situació d'insolvència actual de la fundació. A aquest efecte, s'entén per insolvència actual la que existeix des del moment en què la fundació no pot complir puntualment i regularment les seves obligacions exigibles.

En la valoració de la capacitat d'actuació dels patrons, s'ha de tenir en compte que els patrons haurien de proposar al president que se celebri una reunió per acordar la sol·licitud de concurs. En la reunió del patronat (tot i que no consti a l'ordre del dia) s'hauria d'informar la resta dels patrons, aportant les proves que es considerin convenients, que la fundació és insolvent i que procedeix sol·licitar el concurs. Els patrons poden demanar les informacions o aclariments que considerin oportuns sobre la concurrència del pressupòsit d'insolvència. Un cop els patrons coneixen i constaten que realment existeix la situació d'insolvència, s'hauria d'acordar la sol·licitud de concurs. És important destacar que, quan els patrons no compleixen aquesta obligació i no se sol·licita tempestivament el concurs, es presumeix, excepte prova en contrari, que ha intervingut intenció o culpa greu en la seva actuació, i, per tant, es declararia el concurs com a culpable, amb implicacions per a la responsabilitat dels patrons, segons la seva actuació.

Els patrons també tenen la facultat de sol·licitar el concurs quan la insolvència és imminent (no actual), és a dir, quan els patrons preveuen que la fundació no podrà complir regularment i puntualment les obligacions que li són exigibles. Convé tenir en compte que la demora en la sol·licitud del concurs pot tenir, en aquesta situació, implicacions certes en relació amb la generació de l'estat d'insolvència. D'aquesta manera es pretén que, quan ja existeixen signes que la fundació pot arribar a ser insolvent, els patrons instin el concurs amb la finalitat que hi hagi més possibilitats d'optar a una solució en aquest.

5.2 Comunicació de negociacions i efectes

En cas que la insolvència sigui actual, els patrons poden, durant l'esmentat termini de dos mesos, posposar i, si s'escau, evitar la declaració de concurs, sempre que comuniquin al jutjat competent que s'han iniciat negociacions per tal d'assolir un acord de refinançament (dels expressament previstos a la Llei Concursal), o per tal d'obtenir les adhesions necessàries a una proposta anticipada de conveni.

Alternativament, i dintre del mateix termini, els patrons de la fundació podrien sol·licitar un acord extrajudicial de pagaments, que serà comunicat al jutge competent pel registrador o notari que hagi designat el mediador concursal que intervingui en l'acord extrajudicial.

Un cop comunicada qualsevol de les negociacions anteriors (acord de refinançament, proposta anticipada de conveni o acord extrajudicial), no és exigible al deutor el deure de sol·licitar el concurs, i els patrons no tenen, en conseqüència, el deure de sol·licitar el concurs de la fundació, ni tampoc no es pot declarar el concurs a instància dels creditors. Aquests efectes duraran tres mesos. Si, transcorregut el termini de tres mesos, la situació d'insolvència no ha desaparegut, els patrons han de sol·licitar el concurs de la fundació dintre del mes hàbil següent, si no ha estat sol·licitat prèviament pel mediador concursal (quan s'hagi celebrat un acord extrajudicial de pagaments).

5.3 Responsabilitat dels patrons en la qualificació del concurs

Quan els patrons «de dret» o «de fet» (segons s'han definit en aquesta guia), de manera intencionada o amb culpa greu, causin o agreugin la situació d'insolvència de la fundació, el concurs es qualificarà com a culpable. La Llei Concursal estableix un conjunt de presumpcions, amb diferent intensitat, sobre supòsits que són reveladors d'aquesta conducta dolosa o greument negligent dels patrons.

A títol d'exemple, i entre altres supòsits, sempre es declararà culpable el concurs:

- (i) Quan s'incompleixi de manera substancial la gestió de la comptabilitat, es porti doble comptabilitat o es cometi alguna irregularitat rellevant per a la comprensió de la situació patrimonial o financera de la fundació.
- (ii) Quan, durant els dos anys anteriors a la declaració del concurs, surtin de manera fraudulenta béns o drets del patrimoni de la fundació.
- (iii) Quan, abans de la data de declaració del concurs, la fundació realitzi algun acte amb la finalitat de simular una situació patrimonial fictícia.

Així mateix, es presumeix, excepte prova en contrari, que els patrons han actuat intencionadament o amb culpa greu, entre altres supòsits, quan:

- (i) Incompleixen el seu deure de sol·licitar el concurs.
- (ii) No col·laboren amb el jutge del concurs o amb l'administrador concursal.
- (iii) En algun dels tres últims exercicis previs a la declaració de concurs de la fundació, no es formulen els comptes anuals o no els sotmeten a auditoria (si estan obligats a fer-ho).

El fet que es qualifiqui el concurs com a culpable té greus conseqüències per als patrons afectats si es pronuncia en aquest sentit la sentència de qualificació. La seva responsabilitat implica:

- (i) La inhabilitació per administrar béns aliens, així com per representar qualsevol persona, durant un període de dos a quinze anys, d'acord amb el que s'estableixi a la sentència de qualificació del concurs.
- (ii) La pèrdua de qualsevol dret que tinguin com a creditors de la fundació, així com l'obligació de retornar els béns o drets que hagin obtingut indegudament del patrimoni de la fundació.
- (iii) La condemna a indemnitzar els danys i perjudicis causats a la fundació.

D'altra banda, quan s'acaba obrint la fase de liquidació de la fundació, el jutge del concurs pot condemnar els patrons afectats a pagar als creditors concursals, totalment o parcialment, l'import que els creditors no acabin cobrant un cop liquidat l'actiu de la fundació. La responsabilitat dependrà de si els fets imputables als patrons afectats, reveladors de la conducta que ha determinat la qualificació de culpabilitat del concurs, han causat o agreujat la insolvència de la fundació. A més, en els casos en què hi hagi més d'un patró condemnat, la sentència individualitzarà la quantitat a pagar per cadascun en funció del seu grau de participació en els fets que hagin causat o agreujat el concurs. Cal tenir en compte la conducta de cada patró i el seu grau de participació en l'actuació relacionada amb la generació o agreujament de l'estat d'insolvència de la fundació.

Aquesta responsabilitat pot tenir implicacions per al patró de la fundació des del primer moment, com hem anticipat. El jutge del concurs (d'ofici o a instància raonada de l'administrador concursal) pot ordenar l'embarcament dels béns i drets dels patrons («de dret» o «de fet») durant els dos anys previs a la data de declaració del concurs, quan existeixi la possibilitat que el concurs s'acabi qualificant com a culpable i es condemni els patrons a pagar, totalment o parcialment, l'import mencionat anteriorment. Si s'acaba ordenant l'embarcament del patrimoni dels patrons afectats, l'embarcament es podria substituir per un aval d'una entitat de crèdit.

5.4 La modulació de la responsabilitat concursal

Un cop admesa la possibilitat d'exigir responsabilitat concursal al patró, convé analitzar si els jutges disposen d'un marge de discrecionalitat per condemnar o no els administradors de les persones jurídiques declarades en concurs culpable i fixar el *quantum* de la condemna.

En efecte, amb la finalitat de poder valorar la diligència seguida per cada patró i individualitzar la seva responsabilitat, es poden tenir en compte els mateixos paràmetres que s'han analitzat a la guia per modular l'abast de la responsabilitat civil dels patrons. És a dir: *a)* tipus de fundació de què es tracti (dotacional versus empresarial); *b)* caràcter gratuït del càrrec i, especialment, *c)* estructura de l'òrgan de govern de la fundació i funció que desenvolupa el patró.

A més, des del punt de vista concursal, cal analitzar si la generació o agreujament de l'estat d'insolvència respon a una omisió del deure de diligència imputable als patrons. Per tal de valorar aquest extrem, cal tenir en compte els criteris assenyalats anteriorment i les circumstàncies de cada cas. És a dir, són qüestions rellevants, entre d'altres: *a)* si el patró tenia accés a la documentació que informa de les actuacions realitzades i de la situació econòmica de la fundació, o si tenia la possibilitat d'accedir-hi; *b)* les actuacions portades a terme un cop conscient de la situació per la qual passa la fundació.

En relació amb l'accés a la informació, es poden diferenciar dues situacions:

- a) Situacions en les quals el patró no coneix ni pot conèixer la informació

Cal tenir en compte que el desconeixement per part d'un patró de la situació econòmica d'una fundació per la impossibilitat d'accedir a la informació a causa d'una circumstància greu i justificada, com una malaltia severa, per exemple, hauria de ser motiu suficient per exonerar la responsabilitat concursal del patró, ja que no se li haurien d'imputar danys que no hagi causat amb la seva inactivitat justificada, precisament per l'absència d'intervenció. Aquest criteri serviria per exonerar de responsabilitat el patró que passés per aquesta situació personal difícil, però no la de la resta, sobre la base que cada patró té l'obligació individualitzada d'administrar amb diligència els béns i drets que integren el patrimoni de la fundació, la qual cosa implica que cada patró s'ha d'informar i ha d'actuar diligentment en el funcionament de la fundació.

En aquesta línia, la falta d'accés a la informació per part d'un patró que porta a terme una gestió activa i fa tots els possibles per conèixer la situació econòmica de la fundació (sol·licitud d'estats comptables, petició de balanços i llibres i sol·licitud d'auditoria de comptes), sense que les seves peticions siguin ateses i sense prendre cap decisió que generi o incrementi el dany, hauria d'implicar la seva exoneració de responsabilitat.

- b) Situacions en les quals el patró coneix o pot conèixer la informació

La manca de coneixement de la situació financera d'una fundació per part d'un patró, per exemple, per l'atribució de funcions de comptabilitat a un gestor extern, no pot excusar la responsabilitat concursal del patró en cas d'irregularitat en la comptabilitat preparada pel gestor, ja que al patró, com s'ha dit, li correspon escollir les persones a qui atribueix les funcions que li pertoca realitzar o supervisar. A més, convé assenyalar, com a regla general, que la Llei imposa al patró l'obligació de portar una comptabilitat ordenada i,

per tant, una responsabilitat específica en matèria de comptes anuals. Tot això, sens perjudici que es pugui defensar l'exoneració de responsabilitat del patró que, en una situació concreta, no pot raonablement detectar la irregularitat comptable tot i haver actuat amb la diligència ordinària.

D'altra banda, si es constata que una fundació es troba en una situació econòmica precària que es va agreujant amb el pas dels anys, i que es distorsiona la seva imatge fins al punt d'aparentar que existeixen beneficis –tot i que a través dels comptes anuals es pot arribar a conèixer raonablement la irregularitat existent–, podrien ser declarats també culpables els patrons de la fundació que, a pesar de no haver intervingut en la maquinació de la irregularitat comptable, hagin estat informats de la documentació preparada i no hagin adoptat mesures per tal d'aclarir o solucionar la situació. Sens perjudici del que s'acaba de dir, la condemna que s'imposi a cadascun d'ells podria ser diferent atenent el grau de participació en la gestió i les decisions adoptades. Novament, cal recordar que els patrons tenen l'obligació d'informar-se sobre el funcionament de la fundació i comprovar que aquest es porta a terme adequadament.

Els criteris d'exoneració de responsabilitat de l'òrgan delegant en el règim general de responsabilitat civil s'han de tenir en compte per valorar la responsabilitat concursal. Difícilment exonerarà el delegant l'actuació d'aquell en qui va delegar si aquesta era coneguda o hauria pogut ser-ho amb diligència en la supervisió.

D'altra banda, i quant a l'actuació dels patrons un cop coneguda la situació de la fundació, en el cas de fundacions que passen per una situació econòmica delicada i, malgrat això, els patrons no actuen en conseqüència adoptant decisions encaminades a solucionar la situació (per exemple, formalitzant els acords d'augment del patrimoni fundacional o de sol·licitud de concurs), o adopten decisions contràries a solucionar la situació (per exemple, incrementar l'endeutament d'una fundació que no és capaç raonablement de generar recursos per enfrontar-se als seus compromisos), difícilment poden ser exonerats de la responsabilitat concursal. En aquests casos, s'ha de considerar que actuen de manera negligent –generant o agreujant la situació d'insolvència– en dur a terme una gestió antieconòmica, sense adoptar decisions encaminades a evitar l'incompliment d'obligacions actuals o imminents.

5.5 Relació de la responsabilitat civil amb la responsabilitat concursal

La responsabilitat concursal analitzada té com a finalitat protegir els creditors de la fundació davant les actuacions dels patrons que hagin generat o agreujat l'estat d'insolvència de la fundació. En aquest sentit, el patró, quan ha contribuït a la insolvència de la fundació, es constitueix com a garant del deute que la fundació té davant els seus creditors amb tot el seu patrimoni personal.

No obstant això, la declaració de concurs no desplaça completament el règim de responsabilitat civil dels patrons, tot i que té algunes implicacions sobre el seu exercici. L'acció que correspon a la fundació per reclamar la responsabilitat dels patrons ha de ser exercitada exclusivament per l'administració concursal. En canvi, la declaració de concurs de la fundació no afecta l'exercici d'accions individuals a l'hora de reclamar la responsabilitat extracontractual en què hagin pogut incórrer els patrons.



BARCELONA · BILBAO · LISBOA · MADRID · VALENCIA · BRUSELAS · LONDRES
NUEVA YORK · BOGOTÁ · CIUDAD DE MÉXICO · LIMA · SANTIAGO DE CHILE · PEKÍN

URÍA
MENÉNDEZ

www.uria.com