

El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias

Antonio Roncero Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA TRANSFORMACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS EN EL CONTEXTO DE LA REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR BANCARIO ESPAÑOL.—II. LA OPCIÓN POR LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO PROPIO DE LAS FUNDACIONES RESULTANTES DE LA TRANSFORMACIÓN DE UNA CAJA DE AHORROS A TRAVÉS DEL RÉGIMEN DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS: 1. *Consideraciones generales*. 2. *El ámbito de aplicación de la Ley sobre Cajas de ahorros y fundaciones bancarias*.—III. RÉGIMEN BÁSICO DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS SEGÚN LA LEY DE CAJAS DE AHORROS Y FUNDACIONES BANCARIAS: 1. *Concepto de fundación bancaria*. En particular, el cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a fundaciones que actúen concertadamente. 2. *Caracterización de las fundaciones bancarias*. El deber de transformación en fundación bancaria: A) Caracterización de las fundaciones bancarias: fines, objeto y naturaleza. B) El deber de transformación en fundación bancaria. 3. *Estructura y organización de las fundaciones bancarias*: A) Consideraciones generales. Órganos de la fundación bancaria, composición del patronato y otras normas de organización. B) Requisitos para adquirir la condición de patrono de una fundación bancaria. En particular, la incompatibilidad entre el cargo de patrono y el ejercicio de cargos equivalentes en la entidad de crédito. C) Otros aspectos del estatuto jurídico de los miembros del patronato. 4. *Reglas de actuación de las fundaciones bancarias en relación con la gestión de su participación en una entidad de crédito*.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción: la transformación de las cajas de ahorros en el contexto de la reestructuración del sector bancario español

La aguda crisis económica desatada en 2008 ha provocado una auténtica convulsión en el mercado financiero español y, muy particularmente, en el mercado bancario que ha experimentado una profunda transformación que todavía no parece haberse completado. De una situación en la que dos grupos de entidades, las sociedades anónimas bancarias y las cajas de ahorros, se dividían prácticamente por la mitad el volumen de negocio, al margen del papel de las cooperativas de crédito, se ha pasado a otra radicalmente distinta en la

que la práctica totalidad de las cajas de ahorros han transferido sus respectivos negocios financieros a favor de sociedades anónimas bancarias, sustituyendo así el ejercicio directo de la actividad financiera, en unos casos, por el ejercicio indirecto a través del control de una sociedad anónima bancaria y, en otros, simplemente por la gestión de su participación en el capital social de ésta. Este proceso de reestructuración (bancarización) paralelo a la adopción de medidas de reforzamiento de la solvencia y de saneamiento de las entidades de crédito, ha implicado que las cajas de ahorros se hayan visto involucradas en diversos procesos de integración y modificación estructural, en una primera fase a través de operaciones de concentración o colaboración con otras cajas de ahorros, más adelante mediante la adopción de acuerdos de segregación patrimonial de sus negocios financieros a favor de sociedades anónimas bancarias y finalmente a través de su transformación en fundaciones de carácter especial¹.

En lo que respecta a la modificación del marco institucional del mercado bancario, el proceso se ha denominado de reestructuración del sector financiero español aunque también podría haberse llamado de concentración o de bancarización dado que el resultado final ha sido precisamente éste como consecuencia de la desaparición de un buen número de entidades de crédito y la concentración de sus respectivos negocios bancarios en un reducido número de entidades, la mayor parte de las cuales presenta la forma de sociedad anónima bancaria². En este contexto, la finalidad principal de las

¹ Los grandes hitos de este proceso han sido la creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito y Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero), la regulación de las operaciones de concentración de cajas de ahorros a través de los sistemas institucionales de protección (Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo), la previsión del ejercicio indirecto de la actividad financiera por las cajas de ahorros mediante la segregación del negocio financiero a favor de sociedades anónimas bancarias y su transformación en fundaciones de carácter especial (Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros), las medidas de saneamiento y depuración de activos financieros de las entidades de crédito (Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero y Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero), las medidas de reestructuración y resolución de entidades de crédito (Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito) y, finalmente y hasta el momento, la dotación de un nuevo régimen jurídico a las cajas de ahorros y a las fundaciones bancarias (Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias), así como las nuevas medidas de solvencia y control de las entidades de crédito contenidas en el Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, de inminente aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados.

² De las 45 cajas de ahorros existentes a principios de 2010, 43 han participado en procesos de integración (lo que en volumen de activos representa el 99,9% del total del sector).

medidas de reestructuración del sistema financiero ha sido la reordenación del sector de las cajas de ahorros, cuya situación financiera ha sido señalada como uno de los principales factores causantes de las graves dificultades que han afectado muy seriamente a la propia estabilidad financiera del país y que han motivado la solicitud de asistencia financiera externa. En su conjunto este proceso, fundamentado en una profusa legislación descoordinada y cambiante al ritmo de evolución de los acontecimientos³, ha sido extraordinariamente convulso y se ha desarrollado rodeado de muy difíciles circunstancias económicas y sociales que han impedido un proceso de reflexión previo que hubiese sido, no sólo conveniente, sino necesario ante la magnitud y profundidad de los cambios que el mismo ha implicado en el marco institucional de nuestro mercado financiero y cuyo alcance y efectos no estamos todavía en situación de valorar serenamente.

Los problemas que aquejaban a las cajas de ahorros habían sido repetidamente destacados por la doctrina y también por los propios agentes y operadores del mercado financiero que subrayaban, fundamentalmente, las dificultades estructurales de estas entidades que les impedían atender a la cobertura de las necesidades de capital generadas por la expansión de su negocio financiero, la debilidad e indefinición jurídica e institucional de las cajas de ahorros como entidades de crédito o los problemas en relación con la composición de sus órganos de gobierno, con una presencia excesiva de representantes de los gobiernos autonómicos o de los partidos políticos que impulsaron la instrumentalización de estas entidades al servicio de sus programas de acción política⁴. Aunque el diagnóstico era compartido, sin embargo, no existía consenso sobre la elección de las reformas más adecuadas en un contexto en el que todavía podía constatar una cierta resistencia al cambio de modelo y a introducir alteraciones radicales en el marco institu-

Según los datos que ofrece el Registro de entidades del Banco de España, en marzo de 2014 quedaban únicamente 15 cajas de ahorros que ejercen actividad financiera si bien, 13 de ellas lo hacen de manera indirecta a través de otra entidad de crédito. El proceso de reestructuración ha desembocado en la creación de 14 sociedades anónimas bancarias instrumentales integradas finalmente en las 12 entidades o grupos de entidades resultantes del proceso de reestructuración.

³ En este sentido, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, ha sido reformado hasta en seis ocasiones desde su entrada en vigor.

⁴ *Vid.* la síntesis que ofrecen ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros. Juicio al Banco de España*, Pamplona, 2013, pp. 45 y ss., quienes resumen este conjunto de problemas en los relativos a la legitimación de las decisiones de las cajas de ahorros, identidad, politización, el sometimiento a una jurisdicción dual (estatal y autonómica), responsabilidad y, finalmente, necesidades de capital y dificultades para su cobertura.

cional del mercado financiero que afectasen a las cajas de ahorros⁵. El retraso en la adopción de medidas eficaces para atajar los problemas señalados provocó que éstas tuviesen que ser adoptadas cuando ya se habían detectado dificultades que afectaban a la solvencia de algunas entidades y en el marco de una situación de crisis económica generalizada.

Desde la perspectiva de las cajas de ahorros, el proceso de restructuración del sector financiero desarrollado en nuestro país desde el año 2009, ha tenido un gran impacto en el modo en que han venido ejerciendo su actividad como entidades de crédito. En una primera fase, el incremento en el grado de exigencia de los requisitos de viabilidad y solvencia requeridos por la normativa vigente y por el Banco de España en cada momento, provocó que la gran mayoría de cajas de ahorros españolas se vieran forzadas a acometer una serie de actuaciones tendentes a su fusión o integración con otras cajas de ahorros a partir de lo previsto en el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre restructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Posteriormente, a través del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, se acometió la reforma del régimen de las cajas de ahorros con la finalidad, entre otras, de facilitar a estas entidades diferentes alternativas de organización para el desarrollo de su actividad, en la perspectiva de mejorar sus posibilidades de captar capital para reforzar sus niveles de solvencia. El proceso de restructuración impulsado por esta nueva normativa se vio posteriormente acelerado como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero que, a su vez, introdujo también nuevas exigencias para aumentar el nivel de solvencia de las entidades de crédito españolas concretadas, básicamente, en la elevación de la cifra de capital principal (el denominado *core capital*). Las alternativas organizativas para las cajas de ahorros contempladas en el Real Decreto-Ley 11/2010, adicionales respecto a las previstas en el Real Decreto-Ley 9/2009, se referían a la posibilidad de ejercicio por una caja de ahorros de su actividad financiera de modo indirecto a través de un banco controlado por aquélla al ostentar al menos un 50% de su capital social, así como al traspaso íntegro de su negocio financiero a otra entidad de crédito con su simultánea transformación en una

⁵ En este sentido puede citarse, por ejemplo, la obra colectiva dirigida por DE GUINDOS, L., MARTINEZ-PUJALTE, V. y SEVILLA, J., *Pasado, presente y futuro de las cajas de ahorros*, Pamplona, 2009, en particular, pp. 215 y ss., cuyas conclusiones, en un momento en el que ya se había iniciado la crisis económica, todavía se centraban en el mantenimiento del modelo de cajas de ahorros, sin perjuicio de subrayar la necesidad de introducir reformas sustantivas en su régimen jurídico.

fundación de carácter especial. Ambas opciones también se pusieron a disposición de los grupos de cajas de ahorros que, de forma concertada, venían ejerciendo su actividad financiera de forma exclusiva a través de la entidad central de un sistema institucional de protección (SIP)⁶.

El régimen contenido en el Real Decreto-Ley 11/2010 para el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de una entidad bancaria preveía en su redacción original que, en el supuesto de que la caja de ahorros (o, en su caso, el conjunto de cajas de ahorros que actúen concertadamente bajo el esquema de un sistema institucional de protección), redujesen su participación por debajo del 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito a través de la cual ejercían su actividad financiera, deberían renunciar a su autorización para actuar como entidad de crédito y proceder a su transformación en fundación de carácter especial (art. 5, apartado 3, Real Decreto-Ley 11/2010, en su versión inicial). Esta medida fue modificada por el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre y posteriormente por el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, que limitó el deber de renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y transformación paralela en fundación de carácter especial, a los casos en los que la caja de ahorros (o el conjunto de cajas que actúen concertadamente bajo el esquema de un SIP) dejase de ostentar el control en los términos del artículo 42 C de C de la entidad de crédito o redujese su participación de modo que no alcanzase el 25% de los derechos de voto de ésta.

El régimen sobre ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros y sobre transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial (contenido en los arts. 5 y 6 Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio) se modificó nuevamente a través de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito que, a su vez, introdujo una nueva disposición transitoria en este mismo Real Decreto-Ley 11/2010, en orden a la aplicación del nuevo régimen previsto sobre transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial⁷, todo

⁶ Sobre la caracterización y régimen básico de los sistemas institucionales de protección puede verse, por todos, VICENT CHULIÁ, F., «Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria, como derecho paraconcursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 13, 2010, pp. 27 y ss.

⁷ Esta reforma se introdujo durante la tramitación parlamentaria de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, procedente a su vez de la convalidación del Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito, mediante la incorporación de una enmienda transaccional a partir de la enmienda núm. 144, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, a través de la cual se incorporó la modificación del Real Decreto-Ley 11/2010, que no estaba contemplada inicialmente en el Proyecto de Ley.

ello con la finalidad de «favorecer la transformación debida e inmediata de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial» a cuyos efectos, se reforzaba el carácter imperativo del deber de transformación al determinar las consecuencias de su incumplimiento y se concretaba el margen temporal para la adopción del acuerdo de transformación en fundación de carácter especial en los supuestos de resolución de la caja de ahorros y en los que la caja de ahorros (o el conjunto de cajas que actuase concertadamente) perdiese el control o redujese su participación en el capital de la entidad de crédito a través de la cual desarrollase indirectamente su actividad financiera.

Con estas modificaciones, el Real Decreto-Ley 11/2010 en su redacción vigente hasta la entrada en vigor de la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, contenía el régimen básico de la segregación de las actividades financiera y benéfico-social de una caja de ahorros y su consiguiente transformación en una fundación de carácter especial que procedía en el caso señalado de la pérdida del control o reducción del porcentaje de participación en la entidad de crédito a través de la cual desarrolla indirectamente su actividad financiera y también en los casos de renuncia voluntaria a la autorización para actuar como entidad de crédito y demás supuestos de revocación de dicha autorización así como en los casos de reestructuración o resolución de una entidad de crédito de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, siempre que así se determinase en los correspondientes planes de reestructuración o resolución⁸. Las consecuencias del incumplimiento del deber de transformación en el plazo establecido eran muy rigurosas en tanto se preveía la disolución directa de los órganos de la caja de ahorros y su sustitución por una comisión gestora encargada de completar el proceso de transformación de la caja de ahorros en una fundación de carácter especial⁹, una posibilidad por otra parte nada excepcional dado el reducido plazo concedido para proceder a la citada transformación¹⁰. En relación con ello, la

⁸ Sobre el proceso de transformación pueden verse, entre otros, MARDOMINGO COZAS, J. y SÁNCHEZ MONJO, M., «La transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial», *RDMV*, núm. 12, 2013, pp. 169 a 184, en particular, pp. 178 y ss.

⁹ En concreto, el artículo 6.2 Real Decreto-Ley 11/2010, determinaba que «transcurrido el plazo anterior sin que se haya ejecutado la citada transformación, se producirá la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, nombrando el protectorado correspondiente una comisión gestora de la fundación de carácter especial, a los efectos de aprobar los estatutos, nombrar al patronato y adoptar cuantos actos o acuerdos sean necesarios para materializar la transformación acaecida, en cumplimiento de la normativa estatal y autonómica aplicable».

¹⁰ El plazo se fijó en cinco meses desde que concurriese la causa que determina la obligación de transformación, un marco temporal que además de aplicó retroactivamente dado

diferente normativa autonómica y, sobre todo, el diferente criterio adoptado por las Comunidades Autónomas en relación con el proceso de transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial, ha provocado en la praxis una diferencia de trato difícilmente justificable y ha puesto de manifiesto nuevamente lo perturbador del modelo regulatorio de cajas de ahorros vigente en nuestro país¹¹.

El régimen anterior contemplaba un conjunto de disposiciones aplicables a las fundaciones de carácter especial resultantes de la transformación de una caja de ahorros que, en particular, se referían a la delimitación de su objeto¹², aplicación de rendimientos, procedimiento de creación¹³, régimen de control

que la Ley 9/2012 introdujo una nueva disposición transitoria en el Real Decreto-Ley 11/2010 en cuya virtud, las cajas que estuviesen en causa legal de transformación con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, contarían únicamente con el plazo que les restase de los cinco meses a contar desde que se hubiese incurrido en dicha causa. Como consecuencia del reducido plazo previsto en la disposición transitoria introducida por la Ley 9/2012 en el Real Decreto-Ley 11/2010, y de su cómputo retroactivo, en algunos casos las cajas de ahorros incursas en causa de transformación no dispusieron materialmente de tiempo para poder acometer la transformación en fundación de carácter especial, lo que provocó la aplicación de esta disposición y, en su virtud, la transformación automática de las cajas afectadas. Éste fue el caso, por ejemplo, de las cajas de ahorros que constituyeron el SIP del Banco Financiero y de Ahorros, S.A., accionista de Bankia, S.A., respecto de las cuales el plazo de cinco meses desde que incurrieron en causa de disolución (lo que sucedió el 27 de junio de 2012 como consecuencia de la entrada del FROB en el accionariado de BFA) venció solamente doce días después de la entrada en vigor de la Ley 9/2012 (*vid. MARDOMINGO COZAS, J. y SÁNCHEZ MONJO, M. «La transformación...», cit., p. 182*).

¹¹ Las Comunidades Autónomas han actuado de forma muy diferente ante situaciones similares; en este sentido, por ejemplo, en relación con la transformación en fundaciones de carácter especial de las cajas de ahorros que desarrollaban su negocio financiero a través de Banca Cívica, siguiendo todas ellas un procedimiento idéntico, culminó con la autorización de la transformación de Caja Burgos por la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de Caja Sol por la Comunidad de Andalucía y, en cambio, con la disolución de pleno derecho de sus órganos y el nombramiento de una comisión gestora por parte de la Comunidad de Canarias en el caso de Caja Canarias.

¹² El Real Decreto-Ley 11/2010 determinaba a este respecto que la fundación de carácter especial «centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, para lo cual llevarán a cabo la gestión de su cartera de valores», a lo que se añadía que «auxiliariamente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera» (art. 6, apartado 1, Real Decreto-Ley 11/2010), lo cual parecía suponer una limitación legal a las actividades que podían ser desarrolladas por estas fundaciones.

¹³ La norma determinaba que la asamblea general de la caja (o la de las cajas que actuaran de manera conjunta) debía adoptar, junto al acuerdo de transformación, el acuerdo de constitución de la fundación de carácter especial, con aprobación de sus estatutos y designación de su patronato. Dicho acuerdo debía recogerse en escritura pública e inscribirse en el registro correspondiente, momento a partir del cual la fundación «gozará de personalidad jurídica»; en rigor, no obstante, dado que se trataba de la transformación de una fundación-caja de ahorros en una fundación de carácter especial, la personalidad jurídica se mantenía, sin

y supervisión y delimitación del régimen jurídico aplicable. Por lo que respecta a esta última cuestión, se determinaba con carácter general que las fundaciones de carácter especial se regirían por lo dispuesto en el citado Real Decreto-Ley 11/2010 y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la normativa en materia de fundaciones. No obstante, en el caso de las fundaciones de carácter especial cuyo ámbito de actuación se limitase a una Comunidad Autónoma, resultaba de aplicación específicamente la normativa autonómica de cajas de ahorros y de fundaciones, que fue modificada en la mayor parte de las Comunidades Autónomas precisamente para adaptar su contenido a las nuevas disposiciones dictadas a nivel nacional y contemplar, en particular, el ejercicio indirecto de la actividad financiera por las cajas de ahorros y el régimen aplicable a las fundaciones de carácter especial que fuesen el resultado de la transformación de estas entidades.

En su conjunto este régimen, construido de manera precipitada y escasamente reflexionada, resultaba manifiestamente insuficiente para atender las particularidades que plantea el complejo proceso de transformación de una caja de ahorros en una fundación de carácter especial. Cuestiones como la dotación patrimonial de la fundación de carácter especial y el carácter de los bienes que integran el patrimonio fundacional, la delimitación de las actividades que pueden ser desarrolladas por las fundaciones de carácter especial y, en particular, la posibilidad de que estas fundaciones desarrollasen la actividad de «monte de piedad» que venían realizando las cajas de ahorros, la composición del patronato y el proceso de nombramiento o elección de sus miembros o la relación entre las fundaciones de carácter especial resultado de la transformación de cajas de ahorros y las fundaciones para la gestión de la obra social que fueron constituidas por algunas cajas de ahorros, quedaron sin regular o con una regulación incompleta y confusa que planteaba relevantes problemas de interpretación y de aplicación normativa¹⁴.

perjuicio de que el otorgamiento de la escritura pública e inscripción en el registro tuviesen carácter constitutivo respecto de la transformación. El artículo 6.2 Real Decreto-Ley 11/2010 resultaba también técnicamente impreciso dado que, al determinar el plazo durante el cual debía procederse a la transformación en fundación de carácter especial, establecía que, en los casos de transformación por pérdida de control o reducción de su participación por debajo del 25% y en los de reestructuración o resolución de la caja de ahorros, deberá procederse a la transformación en el plazo de cinco meses *«desde el momento en que se produzca el hecho determinante de la disolución»*.

¹⁴ Sobre el tratamiento de algunas de estas cuestiones pueden verse, entre otros, HIDALGO ROMERO, R., «Hacia la desaparición de las cajas de ahorros: la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2012; MAR-DOMINGO COZAS, J. y SÁNCHEZ MONJO, M. «La transformación...», cit., pp. 183-184.

En suma, hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (en adelante, LCAFB), la transformación de una caja ahorros en fundación de carácter especial como consecuencia del ejercicio indirecto de la actividad financiera se traducía, básicamente, en la pérdida de la condición de entidad de crédito y el sometimiento al marco jurídico general de las fundaciones, con las escasas especialidades previstas en el Real Decreto-Ley 11/2010 y en las normas autonómicas sobre cajas de ahorros modificadas para adaptarse a éste. Esta situación ha cambiado radicalmente como consecuencia del último hito, hasta el momento, de este azaroso proceso de reestructuración del sector financiero que ha implicado la bancarización de la actividad financiera que desarrollaban las cajas de ahorros, que viene constituido por la aprobación y entraba en vigor de la nueva Ley, cuya regulación será objeto de análisis en la segunda parte de este trabajo.

Todavía carecemos de perspectiva suficiente para valorar las profundas transformaciones acometidas pero ya parece claro que el proceso no ha sido precisamente modélico, fundamentalmente porque no ha respondido a una planificación estratégica previa, sino a la necesidad de dar respuesta urgente y cambiante a los problemas de gestión y solvencia de entidades de crédito que se iban detectando en un contexto de aguda crisis económica y, sobre todo, a las exigencias y compromisos derivados de la ayuda financiera recibida por nuestro país. En particular, la nueva Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias viene motivada específicamente por los compromisos asumidos por el Gobierno español en el marco del programa de asistencia financiera solicitada por éste al «Mecanismo Europeo de Estabilidad» (denominada con anterioridad «Facilidad Europea de Estabilización Financiera») para la reestructuración y recapitalización del sector financiero, cuyas condiciones fueron fijadas por el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial financiera, suscrito por España y la Comisión Europea el 23 de Julio de 2012, y el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, suscrito al día siguiente, que marcan los objetivos pero no predeterminan los instrumentos o medios a través de los cuales pueden alcanzarse éstos¹⁵.

¹⁵ El Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, conocido por la abreviatura de su denominación en inglés (*Memorandum of Understanding: MoU*) y el Acuerdo Marco de asistencia financiera se publicaron en el BOE, núm. 296, de 10 de diciembre de 2012, pp. 84550 y ss. Entre los compromisos asumidos por nuestro país como consecuencia de la suscripción del MoU se incluye la previsión de medidas para reforzar «los mecanismos de gobernanza de las antiguas cajas de ahorros y de los bancos comerciales bajo su control» y, específicamente, la preparación antes de finales de noviembre de 2012 de «normas que aclaren la función de las cajas de ahorros en su calidad de accionistas de entidades de crédito, para,

Se trata, en definitiva, de medidas de hondo calado estructural e institucional en el mercado financiero que van a suponer la práctica desaparición de las cajas de ahorros como entidades de crédito, unas entidades que han prestado un servicio extraordinario a la sociedad española durante sus ciento cincuenta años de existencia y, muy particularmente, en los últimos veinticinco años como elemento de impulso del Estado del bienestar y que, finalmente, han sido objeto de abusos y excesos posibilitados por los defectos en su configuración jurídico-institucional pero también víctimas de su propio éxito¹⁶. Medidas estructurales que, sin embargo, han sido adoptadas por y bajo la presión de la difícil situación coyuntural que atravesaba nuestro mercado financiero, que se han presentado, no ya como necesarias, sino directamente como imprescindibles e ineludibles, pero cuya valoración será probablemente distinta en otro momento y contexto cuando se haya superado la citada situación.

II. La opción por la elaboración de un estatuto jurídico propio de las fundaciones resultantes de la transformación de una caja de ahorros a través del régimen de las fundaciones bancarias

1. Consideraciones generales

Como consecuencia del proceso de reestructuración del sistema bancario al que nos hemos referido en el apartado anterior, una buena parte de las cajas de ahorros que venían actuando como entidades de crédito en el mer-

en último extremo, reducir su participación en las mismas hasta un nivel no mayoritario», así como «medidas para reforzar las normas de idoneidad de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros y para adoptar requisitos de incompatibilidad para los órganos de gobierno de las antiguas cajas de ahorros y los bancos comerciales bajo su control» (subapartado 23, último punto, MoU).

¹⁶ No parece necesario insistir en este momento la extraordinaria labor realizada por las cajas de ahorros a través de su obra benéfico-social, que ha complementado y mejorado notablemente las condiciones que ha proporcionado el Estado del bienestar incluso en momentos de crecimiento y expansión de éste. Basta observar la actividad y los servicios que estas entidades han prestado en sanidad, bienestar social, educación, cultura o deporte para apreciar inmediatamente su importancia para nuestra sociedad y el notable retroceso que sufriremos colectivamente si prescindimos de ellas. Para una referencia reciente a esta cuestión en momentos anteriores a la crisis económica *vid.*, entre otros, ARAGÓN MEDINA, J., BEDIA PÉREZ, P., MARTÍNEZ LÓPEZ, J. M.^a y MORENO BAQUERO, C., *El papel de las cajas de ahorros en la promoción del tejido productivo y la cohesión social*, Madrid, 2005, particularmente, en pp. 189 y ss. y CALS I GÜELL, J., *El éxito de las cajas de ahorros. Historia reciente, estrategia competitiva y gobierno*, Barcelona, 2005, particularmente, pp. 161 y ss.

cado bancario, han perdido esta condición y se han transformado en fundaciones de carácter especial, cuyo régimen jurídico hasta el momento, además de parcial y por ello claramente insuficiente, ha sido también diferente en atención a su sometimiento a la regulación prevista para las cajas de ahorros en las diferentes Comunidades Autónomas. La nueva Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias trata ahora de proporcionar un nuevo régimen, general y común a las fundaciones bancarias como entidades resultado de la transformación de las anteriores fundaciones de carácter especial o de cajas de ahorros que ejerciten su actividad financiera de manera indirecta y de otras fundaciones que reúnan los requisitos previstos en el artículo 32 LCAFB¹⁷. En la medida en que, como veremos más adelante, la nueva normativa persigue dotar a las fundaciones bancarias de un régimen próximo al de las entidades de crédito, en tanto, la circunstancia que fundamenta la atribución de aquella condición es la titularidad de un porcentaje relevante en el capital de una entidad de crédito, se explica que la nueva Ley se dicte al amparo del título competencial que reserva al Estado la regulación correspondiente a la ordenación de las bases del crédito, banca y seguros y a la coordinación de la planificación general de la actividad económica (disposición final décima LCAFB).

La nueva Ley va a suponer, por tanto, la transformación en fundaciones bancarias de la mayor parte de las cajas de ahorros que hasta ahora venían manteniendo su condición de entidad de crédito aun cuando ejercían su actividad financiera únicamente de manera indirecta a través de su participación en el capital de otra entidad de crédito a cuyo favor segregaron previamente su negocio bancario, así como también la de aquellas fundaciones de carácter especial que son el resultado de la previa transformación de cajas de ahorros. Cuando se complete el proceso de transformación obligatoria previsto en la Ley, la práctica totalidad de las cajas de ahorros y de las fundaciones de carácter especial devendrán en fundaciones bancarias o en fundaciones ordinarias, por lo que el sector de las entidades de crédito con forma de caja de ahorros quedará reducido a su mínima expresión¹⁸. Se trata, sin duda, de un cambio trascendental en la evolución histórica de una modalidad de en-

¹⁷ Sobre esta cuestión véase *infra*, apartado 3.1.

¹⁸ En concreto, de las 15 cajas de ahorros que figuran en el Registro de entidades del Banco de España a principios del mes de marzo de 2014, 13 de ellas ejercen su actividad financiera de manera indirecta a través de otra entidad de crédito por lo que se ven afectadas por el deber de transformación en fundaciones bancarias (de esta cuestión nos ocupamos *infra*, apartado 3.2.b). Finalizado el proceso de transformación quedarán, por tanto, únicamente dos cajas de ahorros desarrollando directamente la actividad financiera como entidades de crédito (Caixa Ontiyent y Colonia Caixa Pollença).

tividad de crédito, las cajas de ahorros, sin la que no cabe entender la propia evolución del sistema financiero español en su conjunto.

En este sentido, desde su origen, las cajas de ahorros han experimentado una transformación progresiva y sustantiva que ha trascendido incluso a su caracterización jurídica. Aun cuando la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros ha sido una cuestión tradicionalmente controvertida, no solo por la propia especialidad corporativa de estas entidades sino también por esos cambios de orientación que ha experimentado su actividad, en la doctrina, superado el debate sobre la naturaleza fundacional de estas entidades, predomina su configuración como fundaciones-empresa de carácter mixto, en tanto presentarían rasgos típicos de las fundaciones-empresa de carácter funcional y también de las de carácter dotacional¹⁹. Con ello se quiere poner de manifiesto que las cajas de ahorros, a través del desarrollo de su actividad financiera, han venido persiguiendo una doble finalidad: de un lado, obtener recursos con los que realizar obras benéfico-sociales pero, de otro, también la propia consecución de intereses generales concretados fundamentalmente en la inclusión financiera de las capas más desfavorecidas de la población. El primer aspecto situaría a estas entidades entre las fundaciones-empresa de carácter dotacional en tanto que, el aspecto relativo a la integración de la finalidad social o de interés general en la propia actividad financiera, las incluye entre las de carácter funcional o fundaciones-empresa en sentido estricto.

Sin embargo, aunque esta caracterización puede resultar bastante aproximada cuando se observa globalmente el desarrollo y funcionamiento de estas entidades desde su origen, lo cierto es que si se analiza con más detalle la evolución experimentada por estas entidades desde la perspectiva de la actividad que han venido realizando desde su creación, pueden distinguirse di-

¹⁹ Sobre la caracterización de las cajas de ahorros como fundación-empresa de carácter mixto *vid.*, entre otros, GONZÁLEZ MORENO, J. M., *Naturaleza y régimen jurídico de las cajas de ahorros*, Madrid, 1983, pp. 235 y ss.; ARAGÓN REYES, M.; GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El régimen jurídico de las cajas de ahorros*, Madrid, 1991, pp. 120 a 122, EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros», *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pp. 13 a 36, en particular, pp. 27 y 28; CASARES MARCOS, A. B., *Cajas de ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, 2003, p. 425. Sobre la configuración de la fundación como forma de empresa sigue conservando todo su valor el trabajo de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969; en los últimos tiempos pueden verse, entre otros, los trabajos de IGLESIAS PIE, M. y VERNIS, A., «Aproximación a las fundaciones de empresa», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Tomo II, Barcelona, 2007, pp. 859 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Pamplona, 2008, pp. 87 y ss.; LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, Madrid, 2009.

ferentes fases o etapas en las que, sucesivamente, las cajas de ahorros han ido reorientando su actividad y variando su función social. Así, inicialmente las cajas de ahorros se crean fundamentalmente para la satisfacción de intereses generales a través del ejercicio de la actividad financiera, en particular, el fomento del ahorro de las clases sociales más desfavorecidas y la concesión de créditos a éstas para promover su integración social, sin perjuicio de la dedicación de los excedentes a la realización de obras benéfico-sociales²⁰. En esta fase de las cajas de ahorros como entidades de beneficencia predomina el aspecto funcional respecto al dotacional. Posteriormente, en una segunda fase en la que se acentúa el carácter social de estas entidades frente a su función puramente benéfica, adquiere mayor protagonismo la instrumentalización de la actividad financiera para la realización de obras benéfico-sociales y paralelamente se diluye la finalidad de conseguir la satisfacción a través del desarrollo de la actividad financiera de los intereses públicos que motivaron su creación²¹. Finalmente, tras el proceso de liberalización del sistema financiero y la equiparación funcional de las cajas de ahorros a otros operadores²²,

²⁰ En este sentido, las primeras cajas de ahorros se crean respondiendo a criterios directamente conectados con la beneficencia y, en particular, con la tarea que venían desarrollando los Montes de Piedad (cfr. las Reales Ordenes de 3 de abril de 1835 y 17 de abril de 1839 y, en la doctrina, por todos, GARCÍA VILLAVERDE, R., en ARAGÓN REYES, M., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El régimen jurídico...*, cit., pp. 30 y ss).

²¹ En este sentido, las normas reguladoras de las cajas de ahorros subrayan esta orientación de la actividad hacia la obtención de recursos para la realización de la obra benéfico-social. Así, a tenor del artículo 22.1 RD 2290/1977, de 27 de agosto, por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las cajas de ahorros, estas entidades «*destinarán la totalidad de los excedentes que, conforme a las normas vigentes, no hayan de integrar sus reservas a la financiación de obras benéfico-sociales propias o en colaboración, de modo que las mismas se orienten hacia la sanidad pública, la investigación, enseñanza, cultura o los servicios de asistencia social y que los beneficios de ellas derivados se extiendan especialmente al ámbito regional de actuación de la caja*»; una norma similar sobre el destino de los excedentes obtenidos en el ejercicio de su actividad financiera a la creación y mantenimiento de la obra social, se reproduce en la generalidad de las leyes autonómicas sobre cajas de ahorros (*vid.*, entre otros, el art. 3.2 Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de cajas de ahorros de Andalucía, art. 2.2 de la Ley 11/2012, de 14 de junio, de cajas de ahorros de Euskadi, art. 4.3 Ley 1/1991, de 4 de enero, de cajas de ahorros de Aragón, art. 3.3. Ley 4/1997, de 10 de julio, de cajas de ahorros de Castilla-La Mancha, el art. 3.3 Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Castilla y León; art. 3.2 Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña y el art. 2.4 Ley 10/2011, de 10 de mayo, de cajas de ahorros de Canarias).

²² Nos referimos al proceso de liberalización del sistema financiero que se acometió en los años sesenta y setenta del siglo pasado y que tuvo, entre otras consecuencias, la eliminación de las restricciones operativas impuestas a las cajas de ahorros y su equiparación funcional con las sociedades anónimas bancarias (cfr. en particular, el mencionado RD 2290/1977, de 27 de agosto). Sobre la evolución del tratamiento normativo de las cajas de ahorros puede verse, entre otros, ARAGÓN REYES, M., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El*

la creciente competitividad del mercado financiero fue empujando a las cajas de ahorros al desarrollo de la actividad financiera en plena competencia con las sociedades anónimas bancarias y las cooperativas de crédito, lo que ha supuesto la postergación de la finalidad de satisfacer intereses generales a través del ejercicio de la actividad financiera frente a la atención de la obra social con los excedentes obtenidos en el desarrollo de dicha actividad, es decir, el desplazamiento del aspecto funcional por el puramente dotacional²³.

No obstante, en esta última fase de evolución las cajas de ahorros, en realidad, no han abandonado completamente el aspecto funcional, aunque éste aparezca ciertamente debilitado y claramente postergado respecto al puramente dotacional. Es cierto que no puede afirmarse que, a través del desarrollo de su actividad financiera, las cajas de ahorros hayan continuado persiguiendo la consecución de los intereses generales que justificaron su creación y que se concretaban sobre todo en la inclusión financiera de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, facilitando la concesión de créditos y promoviendo el ahorro²⁴. Pero también lo que, en su lugar y en muchos

régimen jurídico..., cit., pp. 29 y ss.; CASARES MARCOS, A. B., *La historia de las cajas de ahorros: origen y evolución*, León, 2000; CALS GÜELL, J., *El éxito de las cajas de ahorros. Historia reciente, estrategia competitiva y gobierno*, Barcelona, 2005; RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., «Evolución histórica de las cajas de ahorros en España», en DE GUINDOS, L., MARTINEZ-PUJALTE, V. y SEVILLA, J. (dirs.), *Pasado, presente y futuro...*, cit., pp. 43 y ss. y, en particular, sobre el balance de la reforma, CARBÓ VALVERDE, S. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., «Las cajas de ahorros españolas. 30 años del Decreto 2290/1977», en *Cuadernos de Información Económica FUNCAS*, Julio-Agosto 2007.

²³ Así se constató por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en la que se hace referencia al cambio cualitativo experimentado por la actividad de las cajas «al haberse transformado su inicial actividad crediticia de carácter benéfico (crédito barato a las clases menesterosas) en actividad crediticia sometida a las leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros» (vid. PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Madrid, 2008, p. 140).

²⁴ Especialmente crítico en este aspecto se muestra ALFARO AGUILA-REAL, J., «Valoración de una tesis sobre el régimen de las cajas de ahorros», *Indret*, 187, 2004, pp. 5-6, con quienes mantienen en la actualidad que las cajas de ahorros presentan rasgos de las fundaciones-empresa de carácter funcional sobre la base de la consecución de dichos fines a través del ejercicio de la actividad financiera. Vid., también, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones...*, cit., pp. 140 y ss., quien a partir de la constatación de este hecho, considera que las cajas de ahorros tienen la naturaleza de fundaciones-empresa exclusivamente de carácter dotacional. Existen no obstante algunos trabajos en los que se destaca el impacto que podría provocar la desaparición de las cajas de ahorros sobre la exclusión financiera (en este sentido, CARBÓ VALVERDE, S., «El coste de un sector bancario sin cajas», *Papeles de FUNCAS*, 2009, señala que la desaparición de las cajas de ahorros provocaría un aumento de la exclusión financiera que podría alcanzar el 6,8% en el año 2015), sin perjuicio de que la experiencia de los procesos de reestructuración del sector bancario realizados en países como Italia, al que nos referimos posteriormente, haya puesto de manifiesto que la privatización y concentración de las entidades de crédito no ha derivado en una disminución de la disponi-

casos las cajas de ahorros han orientado su actividad, al menos parcialmente, a la consecución de otros fines de interés general, fundamentalmente, el desarrollo económico local y regional, a veces de modo que incluso ha puesto en riesgo su propia subsistencia como entidades financieras²⁵. Aun cuando en

bilidad de los servicios bancarios ni tampoco en su encarecimiento para los usuarios, aunque probablemente ello se explique también por otras causas y no solo por aquellas medidas. En todo caso, el aumento de la exclusión financiera como consecuencia de la desaparición o reducción de entidades de crédito tampoco significa, necesariamente, que éstas orientasen su actividad financiera a conseguir la inclusión financiera de las capas más desfavorecidas de la sociedad.

²⁵ *Vid.*, entre otros, UREÑA SALCEDO, J. A., *La influencia pública en las cajas de ahorros*, Madrid, 2005, pp. 30 y ss.; CASTELLÓ MUÑOZ, E., *El liderazgo social de las cajas de ahorros*, Madrid, 2005, pp. 109 y ss. y ARAGÓN MEDINA, J., BEDIA PÉREZ, MARTÍNEZ, P., LÓPEZ, J. M.^a y MORENO BAQUERO, C., *El papel de las cajas de ahorros...*, cit., pp. 7 y ss. Las normas autonómicas reguladoras de las cajas de ahorros incluyen estos fines de interés general a los cuales debe orientarse la actividad financiera de la entidad, sin perjuicio de que ello se supedita a una gestión eficiente de los recursos y a mantener la estabilidad y seguridad de los fondos en ellas depositados e igualmente al margen de la obligación de destinar los rendimientos (excedentes) que obtengan a la realización de obras benéfico-sociales. En este sentido, por ejemplo, el artículo 2 Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de cajas de ahorros de Andalucía establece que estas entidades «orientan su actividad a la consecución de fines de interés público» y el artículo 3, al concretar esos fines, incluye entre otros el fomento del empleo o el apoyo a los sectores productivos, «a fin de contribuir al desarrollo social y económico de Andalucía»; el artículo 2.1 Ley 11/2012, de 14 de junio, de cajas de ahorros de Euskadi determina que «el objeto propio de las cajas será el fomento del ahorro, la realización de las operaciones económicas y financieras permitidas por las leyes, a través de políticas que garanticen la estabilidad y seguridad de los fondos en ellas depositados, y el desarrollo de aquellas actividades que directa o indirectamente contribuyen al desarrollo de su zona de actuación, en especial la obra social»; el artículo 4.1 Ley 1/1991, de 4 de enero, de cajas de ahorros de Aragón, establece que las cajas aragonesas «tendrán como actividad principal el fomento del ahorro, y orientarán sus actuaciones a la consecución de fines de interés público para contribuir al desarrollo social y económico de Aragón, así como a su equilibrio territorial»; el artículo 3.1 de la Ley 4/1997, de 10 de julio, de cajas de ahorros de Castilla-La Mancha, «las cajas de ahorros tienen como objetivos básicos el fomento del ahorro a través de una captación y retribución adecuadas y la inversión de sus recursos, en la financiación de activos y desarrollo de los diversos sectores económicos de su ámbito de actuación»; el artículo 4.2 Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Castilla y León, en cuya virtud la actuación de las cajas «también irá orientada a contribuir al desarrollo social y económico de su ámbito de actuación, especialmente en Castilla y León» o, en fin, el artículo 3.1 Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña, que establece, como objeto propio de las cajas, «fomentar el ahorro, realizando una captación y una retribución adecuadas de los ahorros e invirtiéndolos en la financiación de activos de interés general mediante las operaciones económicas y financieras permitidas por las leyes, así como fomentar el desarrollo económico y social en su ámbito de actuación, de acuerdo con los principios que inspiran la responsabilidad social y el buen gobierno de la empresa» para concretar posteriormente, en el apartado 3 de ese mismo precepto, que de conformidad con lo previsto en el apartado 1, «tienen carácter preferente en la inversión de las cajas de ahorros las financiaciones otorgadas a pequeñas y medianas empresas, a empresas de economía social y a infraestructuras culturales». En cualquier caso, como señalábamos anteriormente, también en estas normas queda

el último tramo del siglo xx y principios del xxi puede apreciarse una notable aproximación funcional entre las cajas de ahorros y las sociedades anónimas bancarias, no puede afirmarse que sus modos de actuación como entidades de crédito hayan sido exactamente iguales e indistinguibles²⁶.

En todo caso, esta evolución hacia un modelo de cajas de ahorros configuradas como fundaciones-empresa de carácter prioritariamente dotacional, de un lado, ha facilitado indiscutiblemente el proceso de transformación de estas entidades al subrayar la separación entre la actividad financiera que realizan como entidades de crédito y el cumplimiento de los fines de interés general (realización de la obra benéfico-social) que persiguen como fundaciones²⁷ pero, de otro, ha supuesto también la pérdida o al menos la dilución de un aspecto clave para la diferenciación entre las entidades de crédito, lo cual ha contribuido a debilitar la posición de quienes, en el seno del debate sobre la reforma del sistema financiero, han defendido la conveniencia de mantener la diversidad entre entidades una vez superada la situación de inestabilidad financiera, depurados los excesos de un crecimiento incontrolado y corregidos los defectos del modelo de organización y funcionamiento de las cajas de ahorros²⁸.

Desde su origen las cajas de ahorros han sido, por tanto, fundaciones de carácter especial o *sui generis*, no solo por su configuración como fundaciones-empresa con presencia y predominio alternativo de aspectos funcionales y dotacionales, sino también y sobre todo porque a esa configuración se añadía simultánea e inseparablemente la condición de entidad de crédito²⁹.

expresa la predominancia del aspecto dotacional al determinar que todos los excedentes obtenidos en el ejercicio de su actividad financiera deberán destinarse a la creación y mantenimiento de la obra social (*vid.* las referencias incluidas en notas anteriores).

²⁶ *Vid.*, entre otros, el análisis de la evolución de la actividad financiera de las cajas de ahorros que ofrecen ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma...*, cit., pp. 32 y ss.

²⁷ Indiscutiblemente al considerar que el ejercicio de la actividad financiera tiene para las cajas de ahorros un carácter exclusivamente instrumental en tanto constituye el medio a través del cual se obtienen los recursos que se destinan a la consecución de los fines de interés general para los que se constituyen (en particular, la realización de obras benéfico-sociales), resulta menos relevante si el ejercicio de la actividad financiera se realiza directamente por la propia caja o indirectamente a través de su participación en el capital social de una sociedad anónima bancaria y ello hace mucho más sencillo y natural el proceso de separación de ambos aspectos (actividad financiera y desarrollo de la obra benéfico-social).

²⁸ *Vid.* ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma...*, cit., pp. 69 y ss., quienes señalan a la equiparación entre bancos y cajas de ahorros como uno de los factores determinantes de la crisis de éstas.

²⁹ La caracterización como fundación-empresa, sea de carácter funcional, dotacional o mixto, plantea la necesidad de un régimen especial que contemple las singularidades que derivan del desarrollo de la actividad empresarial; sin perjuicio de estos planteamientos de

Esta caracterización, que incluso ha supuesto una dificultad para el reconocimiento de la naturaleza fundacional de las cajas de ahorros³⁰, ha implicado el sometimiento a un régimen jurídico especial propio de entidades de crédito, muy distinto y distante del régimen general aplicable a las fundaciones. En este sentido, el proceso de reestructuración del mercado financiero iniciado en 2009 y que parece culminar, al menos por el momento, con la entrada en vigor de la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, ha supuesto la separación e independización de la actividad financiera respecto del desarrollo de los fines benéfico-sociales y la correlativa privación de la condición de entidad de crédito de las cajas de ahorros que mantienen, no obstante, el *status* de fundación de carácter especial motivado por su participación en el capital de entidades de crédito con porcentajes de participación, en algunos casos muy relevantes e incluso de control.

El modelo finalmente adoptado por el legislador español se ha inspirado claramente en el sistema italiano de las fundaciones bancarias, aunque el proceso de reestructuración del sistema financiero no haya sido paralelo en España e Italia³¹. El objetivo principal de la creación de las fundaciones bancarias en Italia fue reducir la interferencia del sector público en la gestión del sistema bancario, para lo cual se acometió un proceso que ha desembocado en una privatización sustancial del sistema bancario italiano³². Al margen de

lege ferenda (vid. por ejemplo, PIÑAR MAÑAS, J. L., «¿Qué fundaciones? La constante adaptación de una institución camaleónica», en VV.AA., *Tendencias legislativas y tercer sector. Los modelos español e italiano*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 25-26), la aplicación a las fundaciones-empresa del régimen general aplicable a las fundaciones ordinarias plantea algunas matizaciones o especialidades (vid. a este respecto, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones...*, cit., pp. 149 y ss).

³⁰ En este sentido, la calificación como entidad de crédito ha provocado que se trate de subrayar la singularidad frente a las fundaciones, pero a veces de un modo que siembra dudas o confusión sobre su propia naturaleza fundacional. A este respecto pueden verse las consideraciones que contiene la STC 49/1988, de 22 de marzo, y el voto particular formulado contra la misma por el Prof. Díez-Picazo, o las todavía más cuestionables contenidas en la STC 10/2005, de 20 de enero (vid. PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones...*, cit., pp. 140-143). En todo caso, en la actualidad no es discutible la naturaleza fundacional de las cajas de ahorros que ya se recoge también expresamente en su normativa reguladora (art. 2 Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias define a las cajas de ahorros como «entidades de crédito de naturaleza fundacional y finalidad social...»).

³¹ Vid. ARIÑO, G., «Sobre la semejanza de las cajas españolas a las italianas en su proceso de reforma», *Cuadernos de información económica*, núm. 228, mayo-junio 2012.

³² A finales de la década de los ochenta del siglo pasado, el sector público italiano controlaba el 70% de los activos bancarios (computando conjuntamente la banca pública y las cajas de ahorros), porcentaje que, tras las reformas llevadas a cabo a través de las denominadas Leyes *Amato* y *Ciampi* (respectivamente, Ley 218/1990, de 30 de julio, sobre disposiciones en materia de reestructuración e integración patrimonial de los institutos de crédito de Derecho

las singularidades propias de este proceso³³, el legislador italiano optó por la figura de las fundaciones bancarias como titulares de las participaciones en el capital de las sociedades anónimas bancarias beneficiarias de las operaciones de *conferimento* del negocio bancario llevadas a cabo por parte de las cajas de ahorros en atención a lo previsto en la Ley 218/1990, de 30 de julio³⁴. En todo caso, sin perjuicio de esta incuestionable conexión, las diferencias de régimen entre el aplicable a las fundaciones bancarias italianas y el previsto en la nueva Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias son muy notables³⁵.

público y Ley 461/1998, de 23 de diciembre, sobre delegación al Gobierno para la reordenación de la disciplina civil y fiscal de los entes conferentes en virtud de lo previsto en el artículo 11, apartado 1, del Decreto Legislativo núm. 356, de 20 de noviembre de 1990 y de la disciplina fiscal de las operaciones de reestructuración bancaria), se redujo a un 25% en 1997 y a un 9% en 2003, aun cuando el control público de entidades bancarias sea algo superior de lo que podría indicar este porcentaje como consecuencia de los pactos y acuerdos entre administraciones territoriales titulares de participaciones minoritarias en entidades bancarias (cfr. UBIDE, A., «Cajas a la italiana», *Diario el País* de 30 de enero de 2011). En general, sobre la evolución del sistema bancario italiano y el proceso de privatización a través de la creación de las fundaciones bancarias. *Vid.*, por todos, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *Las fundaciones bancarias: de cajas de ahorros a sociedades de capital: la experiencia italiana*, Granada, 2003, pp. 23 y ss.

³³ Una de las singularidades más significativas respecto al proceso de reestructuración del sector de las cajas de ahorros en España ha sido que, en Italia, la transformación en fundaciones bancarias fue inicialmente una operación voluntaria que el legislador se limitó a incentivar a través del reconocimiento de ventajas fiscales y que se realizó, por tanto, de manera progresiva y ordenada sin la presión adicional de la crisis del sistema y las imposiciones derivadas de los mecanismos de ayuda financiera activados a favor de España que, en nuestro caso, han configurado una agenda del proceso radicalmente distinta. No obstante, también en Italia la fase final del proceso ha sido imperativa, aunque con plazos en todo caso mucho más amplios que en el caso español (en 1998 la Ley *Ciampi*, a la que antes nos referíamos, limitó el período máximo para completar el proceso de privatización que posteriormente se acortó con la reforma realizada en 2002 —Ley 289 de 27 de diciembre de 2002—) pero también con importantes vaivenes que han provocado que la participación de las fundaciones bancarias en el capital de las sociedades anónimas bancarias en la actualidad siga siendo significativo.

³⁴ La caracterización legal de los entes que transfirieron su negocio financiero a sociedades anónimas bancarias y se convirtieron en accionistas de éstas ha sido una cuestión confusa hasta su configuración como fundaciones en 1999. Inicialmente, las normas reguladoras de este proceso eludían el término fundación y, en su lugar, caracterizaban a estas entidades como «entes conferentes», sin perjuicio de que la doctrina subrayase su naturaleza fundacional. *Vid.* ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *Las fundaciones bancarias...*, cit., pp. 114 y ss., con otras referencias.

³⁵ Cfr. el Decreto Legislativo 153, de 17 de mayo de 1999, sobre disciplina civil y fiscal de los entes conferentes en virtud de lo previsto en el artículo 11, apartado 1, del Decreto Legislativo núm. 356, de 20 de noviembre de 1990 y de la disciplina fiscal de las operaciones de reestructuración bancaria, que ha sido modificado en múltiples ocasiones.

La opción del legislador español ha sido, por tanto, la de despojar a las cajas de ahorros de su carácter de entidades de crédito (como consecuencia de la segregación y transmisión del patrimonio afecto a su actividad empresarial a favor de una entidad de crédito), manteniendo su naturaleza fundacional. Ahora bien, en la medida en que dichas entidades pueden mantener una relación de control con una entidad de crédito, ha creado un estatuto especial para estas fundaciones en el que se incorporan algunos elementos propios del régimen aplicable a las entidades de crédito (como medidas de control y supervisión por el Banco de España, criterios de gestión de sus inversiones o de diversificación y gestión de riesgos, entre otros). Parece, no obstante, que el proceso no está definitivamente cerrado en la medida en que, como veremos posteriormente, la propia exposición de motivos que acompaña a la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias señala que la finalidad de buena parte de las normas previstas para éstas es incentivar a las fundaciones bancarias para que reduzcan progresivamente su porcentaje de participación en las sociedades anónimas bancarias beneficiarias de la segregación de sus negocios financieros³⁶. Parece, por tanto, que este nuevo paso apunta hacia una progresiva pérdida de relevancia de las fundaciones bancarias como titulares de participaciones de entidades de crédito, no sabemos si hasta el punto de conseguir una total y plena separación de las fundaciones bancarias respecto de las entidades de crédito y a una completa independización de éstas con presencia meramente testimonial o sin presencia en su accionariado de las fundaciones bancarias³⁷. En todo caso, la reducción por estas entidades de sus porcentajes de participación por debajo del mínimo requerido para su caracterización como tales, las convertiría en fundaciones ordinarias sin particularidades de régimen frente a otras fundaciones. La cuestión que queda abierta en este proceso es, sin embargo, cuál será la alternativa a la participación en el capital de entidades de crédito para que estas fundaciones obtengan los recursos necesarios para mantener (no ya para

³⁶ Al margen de que tampoco parece que el régimen contenido en la LCAFB haya resultado especialmente afinado cuando sólo tres meses después de su entrada en vigor se ha planteado una reforma que afecta a algún aspecto sustantivo (*vid.* la disposición final décima de la inminente Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, aprobada por el Pleno del Senado con fecha 4 de junio de 2014 y pendiente en estos momentos únicamente de su aprobación definitiva por el Pleno del Congreso de los Diputados).

³⁷ En principio, si con ello se trata simplemente de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Gobierno español frente a la Unión Europea como consecuencia de la suscripción del MoU, se trataría únicamente de promover la reducción de la participación en las entidades de crédito a niveles no mayoritarios (*vid.* subapartado 23 y condicionalidad 20 del MoU).

ampliar, desarrollar o mejorar) la extraordinaria labor social y cultural que las cajas de ahorros han desarrollado en beneficio de nuestra sociedad.

2. *El ámbito de aplicación de la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*

La creación de la figura de la fundación bancaria y la propuesta de regulación contenida en la nueva Ley se inspira en las fundaciones de carácter especial que la normativa vigente con anterioridad a su entrada en vigor, preveía como resultado de la transformación obligatoria de cajas de ahorros cuando éstas, una vez transferido por segregación su negocio bancario a otra entidad de crédito, reducían su porcentaje de participación por debajo de cierto límite³⁸. Sin embargo, plantea un importante cambio de orientación dado que la nueva regulación no se vincula exclusivamente a las fundaciones que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros sino a cualquier fundación que ostente un determinado porcentaje de participación en el capital de una entidad de crédito³⁹. La ampliación del ámbito de aplicación del régimen previsto a cualquier fundación, provenga o no de la transformación de una caja de ahorros, se fundamenta en «*un inexcusable respeto a los principios de igualdad y no discriminación*»⁴⁰, lo que lleva a plantearse si ese mismo fundamento no justificaría también la aplicación de las normas propuestas a cualquier entidad de naturaleza no fundacional que ostente ese mismo porcentaje de participación en una entidad de crédito, complementando así la normativa vigente aplicable a la titularidad de participaciones significativas en entidades de crédito⁴¹. Al margen de este debate, parece

³⁸ Como hemos señalado anteriormente, bajo la normativa anterior, las cajas de ahorros que ejercían indirectamente su actividad bancaria y ostentasen un porcentaje superior al 25% del capital de la entidad de crédito o el control de ésta en el sentido del artículo 42 C de C, conservaban su caracterización como cajas de ahorros.

³⁹ Sobre los requisitos para la atribución legal de la condición de fundación bancaria previstos en la nueva Ley, véase *infra* apartado 3.1.

⁴⁰ *Vid.* el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley. La justificación prevista en ésta se refiere a la ampliación del ámbito de aplicación a las fundaciones ordinarias de las normas que se prevén cuando se adquiere un porcentaje mínimo del 10% del capital social de una entidad de crédito; sin embargo, como veremos posteriormente, el artículo 32 de la Ley, no vincula la calificación de fundación bancaria exclusivamente a la titularidad de dicho porcentaje de participación sino también a los casos en los que la participación que se ostente (que, aunque no se diga expresamente, podrá ser cualquiera) permita nombrar o cesar a un administrador de la entidad de crédito.

⁴¹ Normativa que se contiene, básicamente, en los artículos 56 y ss. Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, de normas sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y

claro que la previsión de un régimen especial para las denominadas fundaciones bancarias se fundamenta, por tanto, no sólo en que éstas ostenten un determinado porcentaje del capital de una entidad de crédito, sino también en su propia naturaleza fundacional por cuanto únicamente se ha considerado necesario establecer medidas especiales cuando el socio de la entidad de crédito que ostente una participación significativa sea una fundación.

Lo cierto es, sin embargo, que esta nueva orientación no se refleja adecuadamente en varios aspectos del régimen jurídico previsto para las fundaciones bancarias, en los que se pone de manifiesto la atención preferente o exclusiva al supuesto de fundación bancaria que es resultado de la transformación de una caja de ahorros (o de una fundación de carácter especial que, a su vez, proviene de la previa transformación de una caja de ahorros)⁴². Este desajuste se explica si confrontamos el ámbito de aplicación de la nueva normativa con su contenido y, sobre todo, con el fundamento de éste. En este sentido, en relación con las fundaciones bancarias la nueva Ley incorpora, al margen de normas previstas para definir a este tipo de fundaciones y determinar el deber de transformación que se impone a las cajas de ahorros, un conjunto de medidas que se refieren fundamentalmente a dos materias: de un lado, las relativas a la estructura y organización de la propia fundación y, de otro, las referidas a la gestión de su participación en el capital de una entidad de crédito. Es decir, en la nueva Ley se incluyen normas no solo dirigidas a controlar y disciplinar la influencia que estas fundaciones pueden ejercer en la entidad de crédito como consecuencia del porcentaje de participación que ostentan sino también, a regular la propia estructura y organización interna de las mismas.

Por su parte, por lo que respecta a la motivación político-jurídica de estas medidas, en la Exposición de Motivos que acompaña a la Ley se fundamenta el régimen previsto para las fundaciones bancarias en que éstas ostentan participaciones significativas, incluso de control, en entidades de cré-

otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (tras la modificación realizada por el Real Decreto 1817/2009, de 27 de noviembre) y en la Circular 5/2010 del Banco de España, de 28 de septiembre, a entidades de crédito, sobre información que debe remitir el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 57.1 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

⁴² En este aspecto se ha mejorado, no obstante, respecto al régimen contenido en el Anteproyecto de Ley que ni siquiera justificaba la extensión de la aplicación del régimen a fundaciones que no fuesen el resultado de la transformación de una caja de ahorros, supuesto que por otra parte no se tomaba en consideración en relación con la determinación del régimen previsto para las fundaciones bancarias tal y como pusieron de manifiesto los Informes elaborados sobre el Anteproyecto por la Confederación Española de Cajas de Ahorros y el por el propio Consejo de Estado.

dito, por lo que es necesario que «*sean objeto de una regulación similar a la que el Estado ha dictado en relación con el resto de las entidades de crédito*» pues «*solo de esta manera se garantiza una adecuada ordenación del crédito en nuestro país*». Es decir, se ha considerado necesario que las fundaciones que ostenten un determinado porcentaje del capital de una entidad de crédito deben ser sometidas a un régimen similar al aplicable a las propias entidades de crédito. La preocupación que subyace a esta propuesta es la de garantizar una gestión sana y prudente de las entidades de crédito, evitando que estos socios puedan ejercer su influencia en la gestión de la entidad de crédito, que en algunos casos será determinante, de modo negativo para la solvencia de ésta. Ahora bien, el origen de esta preocupación se sitúa en realidad en la desconfianza que, como consecuencia de los problemas generados en nuestro sistema financiero en los últimos tiempos, se ha extendido sobre la estructura y organización de las cajas de ahorros⁴³. Por ello se ha considerado que no bastaba con despojar a las cajas de ahorros de su condición de entidades de crédito (con lo que dejan de estar sometidas a los mecanismos de control y supervisión propios de éstas), y transformarlas en fundaciones de carácter especial, sino que era necesario prever un régimen sobre la gestión de su participación en las entidades de crédito así como también modificaciones en su organización y funcionamiento para evitar que los problemas que se han planteado en el pasado pudiesen repetirse en el futuro.

Ahora bien, precisamente porque algunas de las medidas propuestas están claramente motivadas y originadas en esa preocupación suscitada en torno a las cajas de ahorros que se han transformado en fundaciones y son accionistas significativos de entidades de crédito, debería haberse planteado con más rigor el análisis de cuáles de aquellas normas deberían ser aplicadas únicamente a las fundaciones que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros, frente a aquellas otras que convendría aplicar a otras fundaciones o incluso a cualquier otra entidad de naturaleza no fundacional que ostente porcentajes significativos del capital de una entidad de crédito. La aplicación indiscriminada del conjunto de normas propuestas y, particularmente, de las relativas a la organización y funcionamiento interno de las fundaciones bancarias, puede plantear importantes disfunciones cuando se trata de fundaciones que no son el resultado de la transformación de cajas de ahorros. Esto explica las reticencias que han manifestado algunas instituciones, como la

⁴³ Sobre esta cuestión véase *supra* apartado I; para un resumen preciso de los principales problemas planteados por las cajas de ahorros en los últimos tiempos que han fundamentado esa desconfianza puede verse, por todos, ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma...*, cit., pp. 45 y ss.

Asociación Española de Fundaciones en cuanto a la procedencia de imponer a las fundaciones ordinarias la obligación de transformarse en fundaciones bancarias cuando concurren los requisitos previstos inicialmente en el Proyecto de Ley e incorporados finalmente a la Ley o el propio Consejo de Estado que, al analizar esta cuestión en relación con el Anteproyecto de Ley, puso de manifiesto la necesidad de completar el texto añadiendo una justificación expresa de la decisión de proyectar sobre las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de fundaciones el régimen de las fundaciones bancarias, así como una contemplación más precisa de este supuesto en el articulado del Proyecto y la determinación específica de su régimen jurídico estableciendo las adaptaciones que se considerasen oportunas respecto de un texto que ha sido pensado para dar respuesta a los problemas planteados por la transformación de las cajas de ahorros.

Sin embargo, el texto final de la Ley no ha recogido fielmente estas sugerencias. Y es que, como señalábamos, las razones que justifican la extensión de la aplicación del régimen especial de control y supervisión que se impone en relación con la gestión de la participación que una fundación ostente en una entidad de crédito, no juegan en la misma medida en relación con las medidas de organización y funcionamiento de las fundaciones bancarias, que están claramente inspiradas y vienen motivadas exclusivamente por la finalidad de someter a un régimen interno más estricto y rígido a las fundaciones procedentes de la transformación de una caja de ahorros.

III. Régimen básico de las fundaciones bancarias según la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias

A continuación ofrecemos un análisis preliminar de las principales medidas previstas para las fundaciones bancarias en la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados tras una tramitación legislativa bastante predecible en la que se han introducido escasas, aunque en algunos casos significativas, modificaciones en el texto del Proyecto de Ley presentado originalmente⁴⁴. El análisis se limita

⁴⁴ La nueva Ley trae su origen en el Anteproyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias que fue aprobado por el Consejo de Ministros y sometido a un proceso de audiencia pública con fecha 21 de enero de 2013, originando el Proyecto de Ley que fue presentado al Congreso de los Diputados el pasado 11 de Junio de 2013 y calificado el 18 de junio, encomendándose su aprobación a la Comisión de Economía y Competitividad con competencia legislativa plena (BOCG de 21 de junio de 2013). Tras el trámite de presentación de enmiendas y rechazo por el Pleno del Congreso de las enmiendas a la totalidad (en sesión celebrada el 17 de octubre de 2013), el Proyecto de Ley fue aprobado por la Comisión de

a los aspectos esenciales relativos a la configuración, organización y funcionamiento de las fundaciones bancarias y a la gestión de su participación en una entidad de crédito, quedando al margen por tanto otras cuestiones abordadas por la Ley como el tratamiento fiscal de estas entidades.

Con carácter general debe señalarse que la regulación correspondiente a las fundaciones bancarias contenida en la LCAFB, tiene carácter de norma básica en tanto constituye desarrollo de competencias legislativas que la Constitución Española atribuye al Estado con carácter exclusivo, con excepción de la norma relativa al número máximo de miembros del patronato⁴⁵. En consecuencia, la eventual normativa adoptada por una Comunidad Autónoma únicamente podrá afectar al régimen previsto para las fundaciones bancarias en lo que respecta a alterar el número máximo de miembros de su patronato (aumentado o disminuyendo el límite o, incluso, suprimiendo dicho límite), sin perjuicio de la posibilidad de desarrollo del régimen legal⁴⁶.

Aun cuando la valoración del nuevo régimen solamente podrá realizarse tras el examen detenido de las diferentes disposiciones que lo componen, puede adelantarse que, en su conjunto, supone una importante clarificación y una mayor concreción y desarrollo de la regulación aplicable a estas entidades respecto al régimen incompleto y fragmentario previsto para sus predecesoras, las fundaciones de carácter especial, en el Real Decreto-Ley 11/2010. Los objetivos de política jurídica y, en particular, la finalidad de salvaguardar la solvencia de las entidades de crédito no son cuestionables, aunque sí sean discutibles algunas de las opciones normativas incorporadas a la nueva Ley. A su vez, el nuevo régimen, no obstante su vocación de resultar aplicable a todas las entidades de naturaleza fundacional que ostenten un

Economía y Competitividad del Congreso en sesión celebrada el 4 de noviembre de 2013 y remitido al Senado para continuar su tramitación legislativa (BOCG, Serie A, de 6 de noviembre de 2013 y BOCG Senado, núm. 260, de 7 de noviembre de 2013, pp. 37 y ss), resultando aprobado por el Pleno del Senado celebrado el 16 de diciembre. La aprobación definitiva se produjo en el Pleno del Congreso de los Diputados celebrado el pasado 19 de diciembre. A lo largo del proceso legislativo, los diferentes Grupos Parlamentarios realizaron un buen número de propuestas de modificación concretadas, al margen de las enmiendas a la totalidad y las propuestas de veto, en las 144 enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados y las 105 presentadas en el Senado.

⁴⁵ Cfr. la disposición final décima LCAFB, sobre las normas relativas a la composición del patronato de las fundaciones bancarias véase *infra* apartado 3.3.

⁴⁶ Por el momento (junio de 2014), ya se ha adoptado normativa autonómica sobre fundaciones bancarias, al menos, en dos casos (Ley Foral 2/2014, de 17 febrero por la que se Regula los órganos rectores de determinadas fundaciones de Navarra y Ley 2/2014, de 18 de febrero, de medidas financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura).

determinado porcentaje del capital de una entidad de crédito, aparece excesivamente vinculado al supuesto de fundaciones que provengan de la transformación de una caja de ahorros, que constituye el verdadero *leitmotiv* de la creación de esta nueva clase de fundaciones y de su regulación. Junto a ello, la dudosa eficacia de algunas de las medidas previstas y, sobre todo, la cuestionable articulación técnica de otras, impiden una valoración global positiva de la norma en su conjunto.

1. *Concepto de fundación bancaria. En particular, el cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a fundaciones que actúen concertadamente*

A tenor del artículo 32 LCAFB, se entenderá por fundación bancaria «aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración». La definición que se ofrece parte de la naturaleza fundacional de la entidad y se destina a determinar los requisitos a los que se vincula la atribución de la calificación de «bancaria» a una entidad que previamente tiene naturaleza de fundación. No obstante, la lectura del artículo 32 de la Ley plantea diversos interrogantes y dudas de interpretación que generan dificultades para su aplicación.

El concepto de fundación bancaria se vincula a la concurrencia de dos presupuestos distintos y alternativos: uno relativo a la composición del patrimonio de la fundación en el sentido de que dentro de éste ha de incluirse la titularidad de un porcentaje de, al menos, el 10% del capital social de una entidad de crédito y otro vinculado, en principio, a su poder de decisión en relación con la composición del órgano de administración de una entidad de crédito, aunque también este segundo presupuesto parece conectarse con la titularidad de un determinado porcentaje de capital de una entidad de crédito. Por lo que respecta al primero de los requisitos, exigencia de al menos un 10% del capital o de los derechos de voto de una entidad de crédito, la nueva Ley introduce un cambio sustantivo en relación con la normativa anterior dado que a tenor de ésta, el deber de transformación en fundación de carácter especial se vinculaba a los supuestos en los que una caja de ahorros (o el conjunto de cajas de ahorros que actuasen concertadamente bajo el esquema de un sistema institucional de protección) dejase de ostentar el control en los términos del artículo 42 C de C de la entidad de crédito o redujese su participación de modo que no alcanzase el 25% de los derechos

de voto de ésta⁴⁷. Es decir, la entrada en vigor de la nueva Ley supone el cambio de un sistema en el que la caracterización como fundación especial se vinculaba a la reducción del porcentaje de participación por debajo de cierto límite sin fijación de ningún umbral mínimo, a otro en el que se toma en consideración la superación de un determinado porcentaje del capital o de los derechos de voto en los que se divide el capital de una entidad de crédito, lo que es coherente con la nueva orientación de la regulación aplicable a las fundaciones que ostentan porcentajes de participación en entidades de crédito⁴⁸ y permite superar algunas incoherencias o disfunciones del régimen anterior⁴⁹.

No obstante, la fórmula finalmente utilizada en la LCAFB no está exenta por completo de inconvenientes. En este sentido, se entiende por fundación bancaria aquella que «mantenga» un determinado porcentaje del capital (o de los derechos de voto) de una entidad de crédito, pero no se concreta a qué se hace referencia con esa idea de «mantenimiento» de una participación ni tampoco si ello se vincula al transcurso de algún lapso temporal. Por lo que respecta a la primera cuestión, aunque la expresión utilizada podría entenderse referida no solo a titularidad sino también a gestión o administración de una participación, parece que la fórmula utilizada en la LCAFB pretende referirse únicamente a la titularidad de un porcentaje de participación como requisito para adquirir la condición de fundación bancaria.

Por su parte, en relación con la eventual necesidad de que deba transcurrir algún lapso temporal durante el cual fuese necesario ostentar la titulari-

⁴⁷ Cfr. Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero.

⁴⁸ Como señalábamos anteriormente, la regulación que se propone contempla fundamentalmente el establecimiento de un régimen de organización, funcionamiento y gestión de su participación para aquellas fundaciones que ostenten un determinado porcentaje del capital de una entidad de crédito, frente a la normativa anterior que se centraba fundamentalmente en fijar los requisitos a partir de los cuales surge el deber de una caja de ahorros de transformarse en fundación de carácter especial.

⁴⁹ La vinculación de la aplicación de una normativa especial sobre organización y funcionamiento a ciertas fundaciones en atención a que hayan reducido su participación en el capital de una entidad de crédito por debajo de cierto umbral sin establecer un límite mínimo y contemplando únicamente aquellas que provienen de la previa transformación de una caja de ahorros, tal y como sucedía bajo la vigencia del régimen anterior, planteaba ciertas disfunciones; así, no era comprensible porqué dicho régimen no se aplicaba a otras entidades, también de naturaleza fundacional, que podían tener porcentajes de capital significativos en una entidad de crédito pero que no provenían de la transformación de una caja de ahorros; ni tampoco porqué debía aplicarse un régimen especial de organización, funcionamiento y control a una fundación que, aunque procediese de la transformación de una caja de ahorros, podía tener un porcentaje insignificante del capital de una entidad de crédito y carecer por completo de cualquier influencia en la gestión de la misma.

dad de la participación, nada se indica en la Ley. El término «*mantenimiento*» hace referencia a una cierta continuidad o permanencia en la titularidad del porcentaje de participación requerido si bien, en tanto no se establece ningún requisito a este respecto, en principio habrá que entender que la condición de fundación bancaria se ostenta mientras se conserve la titularidad del porcentaje de participación determinado, es decir, que se adquirirá cuando el porcentaje de participación supere el umbral establecido y se perderá inmediatamente después de que la participación quede reducida a un porcentaje inferior. A este respecto, sin embargo, la LCAFB no ha previsto el procedimiento para la transformación de una fundación bancaria en una fundación ordinaria como consecuencia de la reducción del porcentaje de capital en la entidad de crédito por debajo del umbral establecido. Y esta cuestión tiene su importancia dado que la calificación como fundación bancaria conlleva una serie de consecuencias que afectan incluso al organismo responsable del control y supervisión de estas entidades⁵⁰ lo cual exigiría, al menos, que la pérdida de la titularidad del porcentaje de capital requerido fuese comunicada a los órganos competentes⁵¹. Hubiese sido por ello conveniente la previsión de márgenes temporales, particularmente para la adquisición de la condición de fundación bancaria, que permitiesen atender las situaciones en las que una fundación no bancaria haya podido adquirir un porcentaje de capital de una entidad de crédito que supere el umbral previsto en la Ley pero de manera únicamente transitoria o provisional⁵², en términos parecidos a los previstos en relación con las fundaciones que a la entrada en vigor de la

⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, el protectorado de las fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma, corresponde al Ministerio de Economía y Competitividad, sin perjuicio de las facultades que se atribuyen al Banco de España fundamentalmente en relación con la gestión de la participación en el capital de la entidad de crédito (art. 45 LCAFB). De esta cuestión, que ha sido objeto de reforma muy recientemente, nos ocupamos posteriormente.

⁵¹ A su vez, el no cumplimiento de los requisitos a los que se vincula la calificación como fundación bancaria implicaría que la fundación no se vería obligada a cumplir las normas especiales establecidas en la LCAFB, tanto las relativas a la gestión de su participación en entidades de crédito como las relativas a la organización y funcionamiento de la entidad. Ello autorizaría a la fundación a modificar sus estatutos y alterar la composición de sus órganos de gobierno en el marco permitido por la normativa general de fundaciones; aunque, obviamente, también podría mantenerse el mismo marco estatutario en tanto éste se ajuste a las normas generales aplicables a las fundaciones ordinarias.

⁵² Tal y como se establece en el relación con el cumplimiento de ciertas obligaciones vinculadas a la adquisición de un determinado porcentaje del capital de una sociedad (cfr. en relación con la obligación de formular una oferta pública de adquisición de acciones por toma de control, el art. 7 RD 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores).

nueva Ley reúnan los requisitos previstos para ser calificadas fundaciones bancarias⁵³.

El segundo de los presupuestos mencionados en el artículo 32 LCAFB presenta en principio mayores dificultades de interpretación. En este sentido, se atribuye la condición de fundación bancaria a cualquier fundación que ostente una participación en el capital de una entidad de crédito, cualquiera que sea el porcentaje que la misma represente respecto del capital social o de los derechos de voto de la misma, siempre que «*le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración*». A tenor de la redacción final de la Ley, por tanto, para la calificación como bancaria resulta indiferente que la fundación haya ejercido efectivamente su derecho y procedido al nombramiento o destitución de uno o varios de los miembros del consejo de administración de la entidad de crédito, dado que dicha calificación se vincula exclusivamente a la posibilidad de proceder al nombramiento o destitución de algún miembro del órgano de administración. Ello significa, por tanto, que según el criterio legal podría atribuirse la condición de bancaria a una fundación que, teniendo un porcentaje que permita designar un administrador, sin embargo no haya podido hacer uso de esta posibilidad, por ejemplo, por no existir vacantes en el órgano de administración de la entidad de crédito⁵⁴.

A este respecto, como es sabido, el nombramiento y destitución de los administradores de una sociedad anónima, sea o no bancaria, corresponde con carácter general a la Junta General que adoptará el acuerdo correspondiente por la concurrencia de la voluntad mayoritaria de sus socios (art. 214 de la Ley de Sociedades de Capital —en adelante, LSC—). Este principio de competencia a favor de la Junta General en relación con el nombramiento de administradores únicamente encuentra dos excepciones en el supuesto de que el órgano de administración se organice bajo la forma de Consejo de

⁵³ En este sentido, la disposición adicional primera, apartado 2, determina que las fundaciones que a la entrada en vigor de la Ley mantengan una participación en una entidad de crédito que permita calificarla como bancaria «*solo se transformarán en fundaciones bancarias en el caso de que incrementen su participación en la entidad de crédito y en el plazo de seis meses computados desde la fecha en que se produzca este incremento*». Como puede observarse, se ofrece un período transitorio de seis meses durante los cuales, a pesar de haber incrementado la participación, no se impone la obligación de transformarse en fundaciones bancarias. Posteriormente analizamos el significado y alcance de esta disposición.

⁵⁴ Lo cual conllevaría en todo caso la obligación de proceder al cumplimiento de las normas relativas a la organización y funcionamiento interno de la entidad y a la gestión de su participación en la entidad de crédito impuestas en la LCAFB, desde el momento en el que se disfrute de la posibilidad de proceder al nombramiento o destitución de un miembro del órgano de administración de ésta.

Administración: el nombramiento por cooptación realizado por acuerdo adoptado por el propio Consejo y el nombramiento por la minoría a través del sistema de representación proporcional⁵⁵. Por su parte, respecto a la destitución o cese de administradores no se establece ninguna excepción a la competencia de la Junta General, por lo que únicamente podrán proceder a la destitución de administradores los socios que representen el porcentaje de capital con derecho de voto necesario para la adopción del correspondiente acuerdo por la junta general⁵⁶.

A la vista de ello puede afirmarse que en una sociedad anónima todo socio con derecho de voto, sea cual sea el porcentaje de capital social que ostente, tiene la posibilidad de proceder al nombramiento o destitución de los miembros del órgano de administración, aunque para ello deba contar con la voluntad de otros socios. La norma prevista en el artículo 32 LCAFB no puede entenderse, por tanto, en sentido literal sino que será necesario interpretar que lo que se pretende es vincular la condición de fundación bancaria a la titularidad de un porcentaje de capital (o de derechos de voto) que permita proceder de forma autónoma e independiente al nombramiento o separación de, al menos, un miembro del órgano de administración, posibilidad que en principio se plantea únicamente en los supuestos en los cuales se ostenta un porcentaje de capital suficiente para ejercer el derecho a la designación de administradores por el sistema de representación proporcional previsto en el artículo 243 LSC⁵⁷. En este sentido, como hemos señalado, el artículo 32 de la nueva Ley no vincula la calificación como fundación bancaria separadamente a la titularidad de un porcentaje de capital de, al menos, el 10% del capital social de una entidad de crédito, de un lado, y a la posibilidad de nombrar o separar a algún miembro de su órgano de administración, de otro, sino a la titularidad de un porcentaje de capital que o bien alcance, al menos, el 10% del capital social de una entidad de crédito o bien permita el nombramiento o separación de algún miembro de su órgano de administración. Es decir, la posibilidad de proceder al nombramiento o

⁵⁵ Cfr. los artículos 214, 243 y 244 Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

⁵⁶ Ya sea directo (acuerdo de cese o separación de un administrador) o indirecto (por ejemplo, acuerdo de promover la acción social de responsabilidad contra un administrador, que conlleva su destitución o cese —art. 238.3 LSC—). Por esta razón, la vinculación de la calificación como fundación bancaria a la posibilidad de «destituir» a algún miembro del órgano de administración de la entidad de crédito dominada resulta ciertamente extraña y difícilmente comprensible.

⁵⁷ Como es sabido, a tenor del artículo 243 LSC, los socios que ostenten «una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción».

separación de algún miembro del órgano de administración como presupuesto para la calificación como fundación bancaria, ha de derivar del porcentaje del capital social (o de los derechos de voto) de una entidad de crédito ostentado por la fundación, lo que parece conducir únicamente a los casos en los que la fundación pueda proceder al nombramiento de un administrador en aplicación del sistema de representación proporcional⁵⁸.

De haber sido ésta la voluntad del legislador, quedarían al margen otras posibilidades en virtud de las cuales la fundación puede disfrutar de la posibilidad de proceder al nombramiento de algún miembro del órgano de administración de una entidad de crédito en tanto dicha circunstancia sería únicamente relevante cuando la misma se vinculase a la titularidad de un determinado porcentaje del capital social. Ello conduciría a no atribuir la condición de fundación bancaria, por ejemplo, a una fundación que ostentase un porcentaje de capital (o de derechos de voto) en una entidad de crédito insuficiente por sí solo para proceder al nombramiento o destitución de un miembro de su Consejo de Administración pero que se agrupase con otros accionistas hasta superar el porcentaje mínimo que permitiese el nombramiento de consejeros por el sistema de representación proporcional, o los casos en los que la posibilidad de proceder al nombramiento de un administrador derive de los compromisos asumidos en un pacto parasocial suscrito con otros accionistas y no del porcentaje de capital que ostente⁵⁹.

Este problema no se habría planteado si la formulación del concepto legal de fundación bancaria se hubiese vinculado a la titularidad de una participación significativa en el capital de una entidad de crédito, según los términos en los que ésta se define y computa en la normativa correspon-

⁵⁸ Esta interpretación se hubiese visto reforzada de haberse aprobado la enmienda núm.36 presentada en el Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley, en la que se proponía concretar que la posibilidad de nombrar un administrador derivase de los derechos de voto de los que fuese titular la fundación (se proponía así la modificación del precepto introduciendo «o que le permita nombrar, mediante los derechos de voto de los que sea titular...»). La justificación de esta enmienda señalaba la finalidad de acomodar la redacción propuesta a supuestos análogos previstos en el artículo 42 del C de C.

⁵⁹ Esta deficiencia se hubiese corregido de haberse aprobado alguna de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley que proponía modificar el contenido del artículo 32 para añadir que, a efectos del cómputo de la participación que da lugar a la calificación como fundación bancaria, han de tomarse en consideración el porcentaje de capital (o de derechos de voto) que la entidad ostente «por sí sola o actuando de forma concertada con otras personas físicas o jurídicas» (enmienda núm. 132, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados que, a pesar de provenir del grupo que ostenta la mayoría parlamentaria en ambas Cámaras, no fue aprobada dado que fue retirada en la reunión de la Comisión de Economía y Competitividad que aprobó el Proyecto de Ley —DS del Congreso de los Diputados, de 30 de octubre de 2013, p. 15—).

diente⁶⁰. No obstante, esta situación parece resolverse, al menos parcialmente y aun cuando sea de manera indirecta y asistemática, a través de la norma contenida en el artículo 43, apartado 2, LCAFB. En virtud de esta disposición, incluida en un precepto destinado a establecer las reglas que las fundaciones bancarias deben observar en la gestión de su participación en la entidad de crédito, «*a los efectos de este título, se entenderá como única participación la de todas las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen de forma concertada en una misma entidad de crédito*»⁶¹. A tenor de esta norma, por tanto, parece que, en principio, si una fundación actúa concertadamente con otra u otras fundaciones en una misma entidad de crédito de modo que el porcentaje de capital de todas ellas supera el umbral mínimo del 10% del capital de dicha entidad o, cualquier que sea dicho porcentaje, les permite el nombramiento o destitución de al menos un miembro del órgano de administración, habría que calificar como bancarias a todas las fundaciones que actúen concertadamente. Esta interpretación, sin embargo, es dudosa dado que la propia disposición contempla el caso de actuación concertada con otras fundaciones «*ordinarias o bancarias*», lo cual pone de manifiesto que el legislador contempla la posibilidad de que una fundación pueda mantener su condición de fundación ordinaria (y, por tanto, no adquiriera la condición de fundación bancaria) a pesar de actuar concertadamente con otras fundaciones en relación con la gestión de su participación en una misma entidad de crédito y computarse como una única participación las correspondientes a todas las fundaciones que actúan concertadamente⁶².

⁶⁰ Cfr. el artículo 56 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, tras la reforma realizada a través de la Ley 5/2009, y su normativa de desarrollo. De hecho, la justificación que la enmienda a que nos referimos en la nota anterior, en cuya virtud se perseguía aplicar «*analógicamente, el régimen de cómputo y definición de las participaciones significativas en entidades de crédito*», proporcionaba el criterio que debería haber inspirado la formulación legal del concepto de fundación bancaria.

⁶¹ Esta norma se contenía ya en el artículo 47.2 del Anteproyecto de LCAFB; sin embargo, en el Proyecto de Ley inicialmente presentado al Congreso de los Diputados y en el texto de éste aprobado por la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso, el cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a fundaciones que actuasen concertadamente se limitaba a los únicos efectos de aplicación de las normas contenidas en el Capítulo IV del Título II LCAFB (el art. 43.2 del Proyecto de Ley comenzaba señalando que «*a los efectos de este Capítulo...*»). Sólo la aprobación de la enmienda núm. 97 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, implicó la sustitución de la referencia al «Capítulo» por la de «Título», con lo que el cómputo conjunto de las participaciones debe aplicarse ahora en relación con la totalidad de las normas que regulan las fundaciones bancarias.

⁶² En esta misma idea incide el artículo 49 LCAFB, destinado a determinar el régimen fiscal aplicable a las fundaciones bancarias, cuyo apartado 2 dispone «*las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen de forma concertada en una misma entidad de crédito ...*» lo que parece

Se plantea así, en consecuencia, una significativa duda interpretativa sobre el alcance de la norma contenida en el artículo 43.2 LCAFB. Su fundamento original derivado de la voluntad de aplicar a todas las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen conjuntamente un mismo régimen jurídico en relación con la gestión de su participación en una entidad de crédito, no parece cuestionable. Pero la norma finalmente incorporada a la Ley es más ambiciosa dado que determina la aplicación al conjunto de fundaciones que actúan concertadamente de todas las disposiciones aplicables a las fundaciones bancarias, incluidas por tanto también las relativas a la atribución de la condición de tal⁶³. De este modo, es dudoso si una fundación ordinaria que actúa concertadamente con una fundación bancaria o con otras fundaciones ordinarias, de manera que la suma de la participación ostentada por todas ellas en el capital de la entidad de crédito supere el umbral de participación previsto en el artículo 32 LCAFB, deberá transformarse en fundación bancaria y cumplir por ello, no sólo las normas relativas a la gestión de su participación en la entidad de crédito, sino también las relativas a la organización y funcionamiento de la propia fundación. Y la cuestión es trascendente dado que esta situación puede producirse en varios casos pues, como consecuencia de las fórmulas de colaboración utilizadas por las cajas de ahorros para la gestión de su actividad financiera con carácter previo a su transformación en fundaciones de carácter especial, no es infrecuente que en el capital de las entidades de crédito que resultaron beneficiarias de la segregación de sus respectivos negocios financieros, participen varias fundaciones que actúan concertadamente y que, en la medida en que no ostentan individualmente el porcentaje de capital exigido, en principio no vendrían obligadas a transformarse en fundaciones bancarias sino en fundaciones ordinarias⁶⁴. Aten-

presuponer la posibilidad de que fundaciones ordinarias actúen concertadamente con fundaciones bancarias manteniendo dicha condición.

⁶³ En este sentido, la fundamentación que acompaña a la enmienda núm. 97, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, hace referencia expresa a esta cuestión al señalar que «el supuesto de actuación concertada de varias fundaciones en una entidad bancaria debe ser considerado no sólo a efectos de la elaboración de un protocolo de gestión de la participación financiera, sino en general con respecto a todas las disposiciones relativas a la condición de fundación bancaria y los requerimientos que de la misma se deriven». Debe advertirse que la referencia al «Capítulo» que contenía el artículo 43.2 del Proyecto de Ley antes de la aprobación de dicha enmienda, no determinaba únicamente la aplicación de las normas relativas a la elaboración de un protocolo de gestión (así hubiese sido si en lugar de «Capítulo» se hubiese hecho referencia a «artículo») sino también de las normas relativas a la elaboración de un plan financiero, dotación de un fondo de reserva y el resto de medidas previstas en relación con la gestión de la participación en la entidad de crédito.

⁶⁴ Es el caso, por ejemplo, de las cajas de ahorros que integraron el sistema institucional de protección de Banca Cívica y ahora participan en el capital social de Caixabank, o el de

diendo a su fundamentación y por tanto a su finalidad político-jurídica, parece que la norma deberá interpretarse en el sentido de que todas las fundaciones que participen en el capital de una entidad de crédito y actúen concertadamente en relación con la gestión de su participación en ésta, deberán transformarse en fundaciones bancarias si el conjunto de participaciones ostentadas por todas ellas supera los umbrales previstos en el artículo 32 LCAFB. No obstante, ello no resuelve la situación cuando una fundación actúe concertadamente con otros socios de la entidad de crédito que no ostenten naturaleza fundacional y cuya participación en el capital de ésta, por tanto, no se computaría conjuntamente con el que ostente aquélla.

Con todo, no es éste sin embargo ni el único ni probablemente el principal problema interpretativo que plantea el artículo 43.2 LCAFB. Junto a ello se plantea también el problema de definir qué ha de entenderse por «*actuación de forma concertada en una misma entidad de crédito*» a los efectos de aplicación de esta norma. En principio, parece que la norma no se refiere exclusivamente a los supuestos de ejercicio conjunto o compartido del control de la entidad de crédito (dado que no en todos los casos las fundaciones que actúen concertadamente ostentarán el control de la entidad de crédito) sino, de manera más general, a una coordinación de la actuación de dos o más fundaciones en relación con la gestión de su participación en la entidad de crédito derivada de un acuerdo entre ambas. Pero, ¿qué alcance o contenido ha de tener el acuerdo que vincule a dos o más fundaciones para que podamos considerar que éstas actúan de forma concertada en la entidad de crédito? Sin perjuicio de la dificultad de la cuestión, consideramos que, a estos efectos, por «*actuación concertada*» debe entenderse aquella que deriva de un acuerdo o convenio suscrito por las fundaciones en virtud del cual se regula el ejercicio del derecho de voto que corresponde a cada una de ellas en la Junta General de la entidad de crédito⁶⁵.

las cajas de ahorros que segregaron su negocio financiero a favor de Banco Cajatres y que, finalmente, han devenido accionistas de Ibercaja Banco.

⁶⁵ Esta definición se inspira en la delimitación de los pactos parasociales que deben ser objeto de publicidad a tenor de los artículos 530 y ss. LSC (en concreto, el art. 530 LSC, se refiere a los pactos que «*incluyan la regulación del derecho de voto en las Juntas Generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones*»). A este respecto, debemos tomar en consideración que, en no pocos casos, las entidades de crédito participadas son Sociedades Anónimas cotizadas en relación con las cuales entra en juego, por tanto, la aplicación de dicha regulación. En relación con ello, sin embargo, entendemos que no bastaría únicamente con un acuerdo que previese restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones dado que ello, en rigor, en tanto deje libertad para la determinación del sentido de ejercicio del derecho de voto, no puede considerarse como un mecanismo de actuación coordinada o concertada en la entidad de crédito. En cambio, un acuerdo que únicamente contemplase el

Finalmente, en relación con la delimitación del concepto de fundación bancaria debe también tomarse en consideración la norma contenida en la disposición adicional primera, apartado 2, LCAFB en cuya virtud «*las fundaciones que a la entrada en vigor de esta ley mantengan una participación en una entidad de crédito que alcance los niveles previstos en el artículo 32, solo se transformarán en fundaciones bancarias en el caso de que incrementen su participación en la entidad de crédito*». Es decir, a tenor de esta disposición, podrán existir fundaciones que ostenten porcentajes de capital en una entidad de crédito superiores al 10% o que les permita el nombramiento o destitución de un miembro del órgano de administración y que, sin embargo, no serán calificadas como fundaciones bancarias y, en consecuencia, no se verán sometidas a las reglas especiales previstas en la nueva Ley⁶⁶. Esta medida se refiere exclusivamente a las fundaciones ordinarias que, por tanto, no provienen de la previa transformación de una caja de ahorros, tratando así de reducir en la medida de lo posible el impacto que la aprobación de la Ley tendrá sobre su estructura y organización⁶⁷. En todo caso, esta norma plantea también problemas de coordinación con la establecida en el artículo 43.2 LCAFB que analizá-bamos anteriormente, resultando discutible si las fundaciones ordinarias a que se refiere la disposición adicional primera deberán transformarse en fundaciones bancarias cuando, sin aumentar el porcentaje de participación que

compromiso de acordar previamente el sentido de ejercicio del derecho de voto que corresponde a las entidades firmantes en la entidad de crédito, sí permitiría apreciar «actuación concertada», aunque dejase libertad a éstas para transmitir sus acciones o para adquirir otras que no queden sometidas a los compromisos asumidos en el pacto. En suma, en nuestra opinión, el elemento determinante para que exista actuación concertada debe ser que las fundaciones firmantes pierdan su autonomía para decidir el sentido de ejercicio del derecho de voto derivado de las acciones que ostenten en la entidad de crédito. La cuestión que se plantea a continuación es si debe ser en relación con cualquier asunto o materia que se plantee en la Junta General de la entidad de crédito o deberíamos identificar un núcleo mínimo de asuntos. En principio, nos inclinamos por considerar que valdría cualquier tipo de convenio sobre la determinación del sentido de ejercicio del derecho de voto sin que sea necesario que se concreten algunos asuntos en particular.

⁶⁶ El Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia presentó en el Congreso de los Diputados una enmienda de supresión de este apartado 2 disposición adicional primera, con la justificación de que, de mantenerse el mismo, «el nuevo modelo sólo se aplicará en casos excepcionales y, en la práctica, seguirá predominando el anterior» (enmienda núm. 85), que fue finalmente rechazada.

⁶⁷ Como hemos señalado *supra*, según la normativa anteriormente vigente las cajas de ahorros que redujesen su participación en el capital de una entidad de crédito por debajo de cierto umbral, debían transformarse en fundaciones de carácter especial y, para éstas, el apartado 1 de la propia disposición adicional primera de la Ley ya prevé la transformación obligatoria en fundación bancaria si se cumplen los requisitos a los que se vincula dicha calificación.

ostentasen en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley, alcancen acuerdos con otras fundaciones, ordinarias o bancarias, en cuya virtud pueda entenderse que existe una actuación concertada en la gestión de sus respectivas participaciones en el capital de la entidad de crédito, cuestión que, en principio, parece que debería resolverse afirmativamente⁶⁸.

2. *Caracterización de las fundaciones bancarias.*

El deber de transformación en fundación bancaria

A) *Caracterización de las fundaciones bancarias: fines, objeto y naturaleza*

El propio artículo 32 LCAFB, que contiene los requisitos para atribuir a una fundación la cualidad de «bancaria», establece también algunos elementos de caracterización en los que, de nuevo, vuelve a reflejarse la atención preferente a las fundaciones bancarias que son resultados de la transformación de una caja de ahorros. En este sentido, el apartado 2 de dicho precepto determina que la fundación bancaria «*tendrá finalidad social y orientará su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito*»⁶⁹. Esta medida se comprende en relación con fundaciones bancarias que provengan de la transformación de una caja de ahorros, cuyo fin de interés general en tanto entidades de naturaleza fundacional viene constituido precisamente por el desarrollo de la llamada «obra benéfico-social»⁷⁰, pero carece por completo de sentido si tomamos en

⁶⁸ En este sentido, aun cuando en rigor no exista un aumento de la participación que ostentaba la fundación en el capital de la entidad de crédito, la obligación de cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a todas las fundaciones que actúen concertadamente que impone el artículo 43.2 LCAFB, parece determinar que todas las fundaciones implicadas deban proceder a su transformación en fundaciones bancarias.

⁶⁹ También el artículo 45 LCAFB, relativo a la determinación de los órganos que realizarán las funciones de control y supervisión correspondientes al protectorado, establece que, en los casos en los que dichas funciones sean asumidas por el Ministerio de Economía y Competitividad, éste recabará un informe previo de las Comunidades Autónomas «*en las que la fundación bancaria desarrolle su obra social*», precisión que se mantendrá también de aprobarse definitivamente la modificación del artículo 45 como consecuencia de la aprobación de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (el nuevo art. 45.4, apartados b y c, de la Ley contienen esa referencia a la Comunidad Autónoma en la que la fundación bancaria desarrolle su obra social, lo cual pone de manifiesto que se toma en consideración únicamente las fundaciones que tienen su origen en la transformación de una caja de ahorros).

⁷⁰ A tenor del artículo 22 del RD 2290/1977, de 27 de agosto (incluido en su Capítulo II que no fue derogado por la Ley 31/1985, de 2 de agosto, sobre órganos rectores de las cajas de ahorros), por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las cajas de ahorros, estas entidades han de destinar sus excedentes a reservas o a la financiación de

consideración fundaciones bancarias que no tienen ese origen. Así, no se entiende por qué estas fundaciones deben orientar su actividad principal «a la atención y desarrollo de la obra social», que obviamente hace referencia a la finalidad benéfico-social para cuya consecución se constituían las cajas de ahorros, pues, como cualquier otra fundación, deberá orientar su actividad a la consecución de sus propios fines que puede ser el desarrollo de cualquier fin de interés general en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (LF)⁷¹. La cuestión tiene trascendencia dado que el fin fundacional constituye elemento causal del negocio constitutivo de estas entidades y resulta determinante de aspectos sustantivos de su régimen jurídico⁷². En todo caso, la redacción del artículo 32.2 LCAFB, en tanto se refiere únicamente a la «*actividad principal*» sin excluir ni limitar la posibilidad de realizar otras actividades, permite considerar que las fundaciones bancarias, incluso aquellas que provengan de la transformación de una caja de ahorros, podrán dedicarse no solo al desarrollo de la obra

«obras benéfico-sociales propias o en colaboración, de modo que las mismas se orienten hacia la sanidad pública, la investigación, enseñanza y cultura o los servicios de asistencia social y que los beneficios de ellas derivados se extiendan especialmente al ámbito regional de actuación de la caja». Vid., también, el artículo 6.1 RDL 11/2010 que, como hemos señalado, por referencia a la actividad de las fundaciones de carácter especial que son fruto de la transformación de una caja de ahorros, establecía que se ocuparán «*de la atención y desarrollo de su obra benéfico-social*», precepto que claramente ha servido de inspiración para la redacción del mencionado artículo 32.2 LCAFB.

⁷¹ Sobre los fines de interés general que pueden ser perseguidos por una fundación *vid.* entre otros, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance de la Ley de fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 9 y ss.; GONZÁLEZ CUETO, T., «Concepto de fundación», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007, pp. 146 y ss.; VERDERA SERVER, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 111 y ss.; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. y PINEDO GARCÍA, F., «Consideraciones en torno al concepto y ámbito de aplicación», en DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L. y SANJURJO, T. (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Pamplona, 2010, pp. 117-156;

⁷² Así, entre otros aspectos, los fines fundacionales delimitan la actuación del patronato en tanto éste estará obligado a cumplirlos (art. 14.2 LF) por lo que una actuación contraria a los mismos puede generar la responsabilidad de sus miembros (art. 17.2 LF); a su vez, predetermina el destino del patrimonio y sus rentas (a tenor del art. 23 LF, las fundaciones vienen obligadas a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas al cumplimiento de sus fines fundacionales) y dota de un régimen especial a la transmisión y gravamen de los elementos patrimoniales adscritos al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21 LF); e igualmente afecta a la propia existencia de la fundación, en tanto su cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento determina la extinción de ésta (art. 31 LF). Desde el punto de vista del control y supervisión de las actividades de las fundaciones, el protectorado ha de velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales (art. 35 LF) y se configura como causa de intervención temporal de la fundación la «*desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada*» (art. 42.1 LF).

benéfico-social y a la gestión de la participación en la entidad de crédito, sino también a otras actividades y fines⁷³ sin más límites que los existentes con carácter general para las fundaciones⁷⁴.

Más allá de esta cuestión, las fundaciones bancarias se configuran como fundaciones especiales a las que, en consecuencia, se aplica el régimen general de fundaciones salvo en lo expresamente previsto en su normativa específica. Así se desprende del artículo 33 LCAFB que se remite, con carácter supletorio, no a la normativa general de fundaciones como hacía el artículo 38 del Anteproyecto, sino específicamente bien a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, general de fundaciones (LF) bien a la normativa autonómica que resulte de aplicación⁷⁵, por contraste a lo previsto en relación con las cajas de ahorros⁷⁶. La singularidad de las fundaciones bancarias que determina su configuración como fundaciones especiales radica en que de su patri-

⁷³ Frente a esta opción, el anterior RDL 11/2010 determinaba que las fundaciones de carácter especial «centrará[n] su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, para lo cual llevarán a cabo la gestión de su cartera de valores», a lo que se añadía que «auxiliariamente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera» (art. 6, apartado 1, RDL 11/2010), lo cual parecía limitar el ámbito de actuación de estas fundaciones. Por lo que respecta al catálogo de posibles fines y a las limitaciones que con carácter general se imponen a la actividad de las fundaciones, véase el artículo 3 LF.

⁷⁴ No obstante, se flexibilizan también algunas de las normas aplicables con carácter general a las fundaciones en relación con el desarrollo de sus actividades. Así, a tenor de lo previsto en la disposición adicional tercera LCAFB, las fundaciones bancarias no están sujetas a los límites establecidos en el artículo 27 LF, que se refieren al porcentaje de los resultados que deben ser destinados al cumplimiento de los fines fundacionales y los criterios para el cálculo de los ingresos y los gastos (en concreto, a tenor de esta norma no aplicable a las fundaciones bancarias, las fundaciones deben destinar a la realización de los fines fundacionales el 70%, al menos, de los resultados de las explotaciones económicas que desarrollen y de los ingresos que obtengan por cualquier concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según determine su patronato).

⁷⁵ La aprobación de la enmienda núm. 38 presentada en el Congreso de los Diputados supuso la inclusión en este precepto de la referencia a la aplicación de la normativa autonómica sobre fundaciones que no constaba en el texto del Proyecto de Ley y que suscitaba un importante conflicto en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA para la regulación de las fundaciones. Según el texto original del Proyecto de Ley parecía determinarse que las fundaciones bancarias se regirían supletoriamente en todo caso por la normativa estatal de fundaciones, con independencia por tanto de que en el territorio concreto en el que tuviesen situado su domicilio social existiese también una normativa autonómica sobre fundaciones.

⁷⁶ Efectivamente, a pesar de que el artículo 2.1 LCAFB atribuye carácter fundacional a las cajas de ahorros («las cajas de ahorros son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social...»), el apartado 3 de ese mismo precepto establece como normativa supletoria, al margen de la normativa autonómica sobre cajas de ahorros, lo dispuesto no en la LF sino en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

monio forma parte un determinado porcentaje del capital social de una entidad bancaria, que permite considerar que están implicadas de algún modo en su gestión. A este respecto debe subrayarse que la posibilidad de que una fundación participe en el capital de sociedades mercantiles ya se contempla en la vigente normativa general sobre fundaciones como medio para participar en cualquier actividad económica, sin que ello constituya motivo de aplicación de un régimen especial al margen del cumplimiento de algunos deberes específicos⁷⁷. Lo sustantivo en el supuesto de las fundaciones bancarias es que la participación es en el capital social de una entidad de crédito y, además, que el mismo alcanza un determinado volumen de modo que permite ejercer una cierta influencia en la gestión de ésta que puede llegar a ser determinante o de control. Es precisamente esta posibilidad de influencia en la gestión de una entidad de crédito la que justifica la aplicación de un régimen especial aunque, como hemos señalado anteriormente, en relación con las medidas previstas en la nueva Ley, se unen otros fines de política jurídica.

Conviene subrayar que la titularidad de un porcentaje del capital social de una sociedad mercantil no puede entenderse sin más como ejercicio indirecto de una actividad empresarial dado que ésta, en todo caso, será desarrollada por la sociedad mercantil y, en ningún caso, por el socio o socios titulares de las acciones o participaciones en las que se divida su capital social. Únicamente cuando el socio ostente el control de la sociedad puede admitirse que existe cierta aproximación al ejercicio indirecto de una actividad empresarial⁷⁸. En todo caso, frente a las cajas de ahorros cuya caracterización

⁷⁷ En este sentido, el artículo 24.2 LF determina que «*las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales*» debiendo, en el caso de dicha participación sea mayoritaria, «*dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca*». Por su parte, respecto a la participación en sociedades mercantiles en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, se establece que «*deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación*» (art. 24.3 LF). En general, el régimen contenido en la LF en relación con el ejercicio directo o indirecto de actividades económicas o empresariales por una fundación, no contempla con rigor y el debido detalle todas las distintas posibilidades que cabe plantear ni tampoco afronta con precisión los múltiples problemas que en estos casos pueden originarse (*vid.*, por todos, EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación...», cit., pp. 400 y ss).

⁷⁸ En estos casos aplicados al supuesto de fundaciones, la doctrina ha acuñado la expresión «fundación con empresa» (*vid.*, entre otros, EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación...», cit., p. 401) aunque, como también ha señalado otro sector de la doctrina, dicha denominación no sea suficientemente delimitadora frente a aquellos otros supuestos en los que la fundación es titular jurídica inmediata de la actividad empresarial (fundación-empresa), en los que también cabría utilizar dicha expresión (*vid.* PÉREZ ESCOLAR,

como fundaciones-empresa es aceptada sin discrepancias por la doctrina⁷⁹, las fundaciones bancarias por el simple hecho de ostentar un porcentaje de capital en una entidad de crédito no pueden caracterizarse como fundaciones-empresa, ni dotacionales ni fundacionales, dado que en sentido propio no desarrollan una actividad empresarial en nombre propio, en tanto el ejercicio de los derechos correspondientes a las participaciones que ostente en el capital social de una entidad de crédito, no constituye una actividad económica empresarial sino exclusivamente un acto de gestión del patrimonio fundacional⁸⁰. A su vez, como veremos posteriormente, en la LCAFB se adoptan determinadas medidas dirigidas a alejar a los gestores de la fundación bancaria de la gestión de la entidad de crédito en cuyo capital participan, lo que también dificulta que con carácter general pueda considerarse que las fundaciones bancarias desarrollan una actividad financiera de manera indirecta⁸¹.

M., *La actividad económica de las fundaciones...*, cit., p. 44). Por otros autores se diferencia entre las fundaciones-empresa, entendiéndose por tales aquellas que, teniendo su origen en una cesión patrimonial realizada por una empresa, obtienen sus recursos principalmente de los donativos que realiza esa misma empresa o de los rendimientos que le proporciona la participación en el capital de ésta, y las fundaciones-empresa, en las cuales la fundación es propietaria de la empresa y responsable de su actividad (*vid.* IGLESIAS PIE, M. y VERNIS, A., «Una aproximación a las fundaciones de empresa», en BENEYTO PÉREZ, J. M.³ (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 859-904, en particular, pp. 863 y ss). No obstante, tampoco esta diferenciación parece suficiente para abarcar todas las posibilidades dado que, por ejemplo, en el caso de las fundaciones bancarias que proceden de cajas de ahorros no ha sido la empresa la que ha realizado la aportación patrimonial para la creación de la fundación sino ésta (fundación-caja de ahorros) la que, mediante segregación, ha separado la empresa que venía gestionando integrada en su patrimonio.

⁷⁹ Como señalábamos anteriormente, lo que se discute en relación con las cajas de ahorros no es si éstas se configuran como fundaciones-empresa sino si, dentro de esta categoría, deben considerarse como fundaciones-empresa dotacionales, funcionales o mixtas (*vid. supra* apartado 2.1).

⁸⁰ La categoría de las fundaciones-empresa, acuñada doctrinalmente pero que carece de un tratamiento legal específico, hace referencia a los supuestos en los que la fundación es titular directa e inmediata de la actividad empresarial, asumiendo las consecuencias patrimoniales positivas o negativas derivadas del ejercicio de dicha actividad (*vid.*, por todos, VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma...*, cit., p. 139 y ss).

⁸¹ Bajo la vigencia de la normativa anterior, las cajas de ahorros podían ejercer su actividad financiera de manera indirecta a través de su participación en el capital de una entidad de crédito a favor de la cual habían segregado previamente su negocio financiero (*vid.*, en particular, el art. 5 Real Decreto-Ley 11/2010, que regula el ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros, o la propia disposición transitoria primera de la LCAFB que se refiere a estas cajas como «cajas de ahorros de ejercicio indirecto»). Sin embargo, el deber de transformación en fundación de carácter especial (antecedente de las actuales fundaciones bancarias) surgía cuando la caja de ahorros perdía el control de la entidad de crédito o reducía su participación por debajo de un límite (25% del capital de la entidad de

En cualquier caso, dado que las fundaciones bancarias no desarrollan directamente una actividad empresarial, tampoco cabe atribuirles la condición de entidades de crédito, aunque la LCAFB les someta a un régimen jurídico que prevé mecanismos de control próximos a los propios de las entidades de crédito. No obstante, las fundaciones bancarias, a pesar de no ostentar la condición de entidades de crédito, podrán mantener la denominación de la caja de ahorros de la que, en su caso, procedan incluyendo, por tanto, también los términos «caja de ahorros». Es más, dicha denominación también podrá ser mantenida por las fundaciones ordinarias que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros, tal y como establece la disposición adicional sexta de la Ley⁸², con lo que la denominación de caja de ahorros deja de ser exclusiva de una determinada modalidad de entidad de crédito. Incluso, las entidades de crédito *«que hayan recibido, en todo o en parte, su actividad financiera de cajas de ahorros podrán utilizar en su actividad las marcas o nombres comerciales notorios o renombrados de dichas cajas de ahorros, siempre que sean titulares o cuenten con el consentimiento previo de la entidad titular de dichas marcas o nombres comerciales»* (disposición adicional decimoquinta LCAFB)⁸³.

Estas medidas contrastan con la previsión contenida en el artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (LDIEC), en cuya virtud ninguna persona física o jurídica puede utilizar las denominaciones genéricas propias de las entidades de crédito ni otras que puedan inducir a confusión con ellas⁸⁴, prohibición cuya infracción

crédito) que permitía considerar que aquélla ya no ejercía una influencia determinante en el gestión de la entidad de crédito. Entre los objetivos de la nueva regulación se incluye conseguir que las fundaciones bancarias reduzcan su participación en el capital de las entidades de crédito (al menos, hasta niveles no mayoritarios) y también a alejar a éstas de la gestión de las entidades de crédito en cuyo capital participan (al respecto, véase *infra* el apartado 3.3).

⁸² Como veremos a continuación, cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 34 del Proyecto de Ley, las cajas de ahorros deberán transformarse obligatoriamente en fundaciones bancarias u ordinarias, según cumplan o no los requisitos previstos en el artículo 32 del Proyecto.

⁸³ Esta norma se introdujo en el Senado como consecuencia de la aprobación de la enmienda núm. 100, con la finalidad de incorporar a la nueva Ley la previsión que a este respecto ya se contenía en el artículo 5.2 Real Decreto-Ley 11/2010, en cuya virtud *«la entidad bancaria a través de la cual la caja de ahorros ejerza su actividad como entidad de crédito podrá utilizar en su denominación social y en su actividad expresiones que permitan identificar su carácter instrumental, incluidas las denominaciones propias de las cajas de ahorros de la que dependa»*.

⁸⁴ En concreto, el artículo 28, apartado 1, LDIEC determina que *«sin perjuicio de lo previsto en el Título V, ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas»*.

puede dar lugar a las sanciones previstas en el artículo 29 de esa misma Ley. La entrada en vigor de la LCAFB ha implicado, por tanto, introducir una excepción a dicha prohibición y proporcionar cobertura legal a la denominación asumida por las fundaciones de carácter especial constituidas al amparo de la vigente normativa como resultado de la transformación de una caja de ahorros⁸⁵, permitiendo en consecuencia que la denominación «caja de ahorros», que continua siendo la denominación genérica de un tipo o clase de entidades de crédito (art. 2 LCAFB), sea utilizada por otras modalidades de entidades de crédito (sociedades anónimas bancarias que hayan sido beneficiarias de la segregación de la actividad financiera de antiguas cajas de ahorros) y también por entidades que no ostentan la condición de entidades de crédito (fundaciones bancarias y fundaciones ordinarias que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros).

Por otra parte, la LCAFB no resolvió inicialmente una cuestión especialmente delicada relativa a fijación de criterios precisos para concretar la legislación de fundaciones aplicable subsidiariamente (estatal o autonómica), así como para determinar el Protectorado y el Registro competentes, respectivamente, para la supervisión e inscripción de las fundaciones bancarias⁸⁶. A este respecto, el art. 45 LCAFB se limitaba a establecer que el Protectorado sería ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad en los casos de *«fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma»*, sin incluir criterios que permitiesen interpretar en qué casos ha de entenderse que el ámbito de actuación principal de la fundación bancaria excede el de una Comunidad Autónoma. A tratar de resolver esta cuestión se dirige la modificación del artículo 45 LCAFB incluida en la Disposición final décima del Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, de inminente aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados, en cuya virtud se entiende que una fundación bancaria tiene un ámbito de actuación superior al de una Comunidad Autónoma *«cuando el 40 por ciento de la actividad de las entidades de crédito en*

⁸⁵ Es el caso, por ejemplo, de la Fundación Caja Castilla-La Mancha, de la Fundación Cajasol, de la Fundación Caja de Burgos, de la Fundación Caja de Ávila, de la Fundación Caja de Canarias o de la Fundación Especial Caja Rioja.

⁸⁶ Decimos que se trata de una cuestión especialmente delicada dado que, como era fácilmente imaginable, los gobiernos de algunas Comunidades Autónomas han tratado de proyectar sobre las fundaciones bancarias resultado de la transformación de cajas de ahorros, la influencia que ejercían en la designación de los miembros de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros de las que dichas fundaciones proceden, para lo cual debe partirse de la previa sujeción de la fundación bancaria a la normativa autonómica y al Protectorado de la Comunidad Autónoma de que se trate.

las que participe directa o indirectamente, considerando la distribución territorial de los depósitos de sus clientes, se realice fuera de la Comunidad Autónoma en la que la fundación tiene su sede». El cumplimiento de dicho criterio no significa por sí mismo, sin embargo, que ya resulte aplicable la legislación estatal de fundaciones y que el Protectorado sea ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad sino que a ello ha de unirse, en todo caso, «que [las fundaciones] individualmente ostenten una participación directa o indirecta en la entidad o entidades de crédito de, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto o, teniendo un porcentaje inferior, la fundación bancaria sea su mayor accionista»⁸⁷.

Finalmente, en relación con la caracterización de las fundaciones bancarias, no parece que en España vaya a plantearse el debate que se suscitó en Italia sobre la naturaleza pública o privada de estas entidades⁸⁸. La jurisprudencia constitucional ha confirmado la naturaleza privada de las cajas de ahorros por lo que, en principio, no parece cuestionable que las fundaciones que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros conservarán igualmente ese mismo carácter privado. Respecto al resto de fundaciones bancarias, dependería en principio de su origen y del carácter público o privado de su fundador⁸⁹ si bien, al igual que sucedía respecto a las cajas de ahorros cuya consideración como entidades de naturaleza jurídico-privada era independiente del carácter público o privado de su entidad fundadora⁹⁰, el régimen

⁸⁷ A estos efectos no bastaría, por tanto, para determinar la competencia estatal con ostentar un porcentaje de capital que, siendo inferior al 10 por ciento y no otorgando la condición de mayor accionista, permita el nombramiento de, al menos, un miembro del Consejo de Administración de la entidad de crédito (ello sería suficiente, conforme al art. 32 LCAFB, para la calificación como fundación bancaria pero no para determinar que el Protectorado competente será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad).

⁸⁸ Sobre esta cuestión *vid.*, por todos, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *Las fundaciones bancarias...*, cit., pp. 101 y ss.

⁸⁹ A tenor del artículo 44 LF se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de la siguientes circunstancias: «a) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal» y «b) que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades». Para un análisis de este concepto *vid.*, entre otros, GONZÁLEZ-ANDRADE GÓMEZ, J., «Fundaciones de la Administración pública», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios...*, cit., pp. 645-672.

⁹⁰ Tras la entrada en vigor del RD 2290/1977, de 27 de agosto, supuso el inicio del fin del debate sobre la naturaleza pública o privada de las cajas de ahorros que, hasta ese momento, había dividido a la doctrina en diferentes posiciones (quienes consideraban que las cajas de ahorros tenían naturaleza pública o privada en función del carácter de su fundador, quienes defendían que todas las cajas de ahorros tenían la misma naturaleza con independencia de su entidad fundadora y quienes subrayaban el carácter *sui generis* de las cajas de ahorros y eludían un pronunciamiento sobre esa cuestión). Ello se vio posteriormente confirmado

jurídico previsto para las fundaciones bancarias en la LCAFB y, en particular, las normas relativas a su estructura y organización, podrían ser suficientes para atribuir naturaleza privada a esta clase de fundaciones con carácter general.

B) *El deber de transformación en fundación bancaria*

La LCAFB prevé la creación de fundaciones bancarias por transformación de cajas de ahorros, de fundaciones de carácter especial (resultantes a su vez de la previa transformación de una caja de ahorros) o de fundaciones ordinarias. No se prevé expresamente, en cambio, la constitución de una fundación directamente como fundación bancaria, lo que sucedería en el supuesto de que el fundador dote a la fundación de un patrimonio que comprenda una participación en el capital de una entidad de crédito en los términos establecidos en el artículo 32 de la Ley⁹¹. La falta de previsión expresa de esta posibilidad explica que tampoco se adopte ninguna medida específica y, en particular, que no se prevea que la constitución de una fundación bancaria requiera la autorización previa del Banco de España, ni tampoco que haya que notificar su creación a este organismo lo cual, en atención al régimen previsto, hubiese sido muy conveniente⁹². En consecuencia, el proceso de constitución será el aplicable con carácter general a cualquier fundación ordinaria.

Respecto a la constitución de fundaciones bancarias por transformación, el régimen se encuentra disperso y escasamente coordinado. Así, el artículo 34 LCAFB contempla la transformación de cajas de ahorros, previo traspaso a otra entidad de crédito de todo su patrimonio afecto a su actividad financiera, a cambio de acciones de esta última, en los casos en los que se superen ciertos umbrales cuantitativos relativos a su volumen de activos y a su cuota de mercado⁹³. En este caso, la caja de ahorros se deberá transformar en fun-

en diversas ocasiones tanto por el Tribunal Supremo (*vid.*, entre otras, las SSTs de 26 de octubre de 1982, 3 de marzo de 1987, 2 de febrero de 1988 y 7 de diciembre de 1989) como por el Tribunal Constitucional (*vid.*, en particular, las SSTC 1/1982, 133/1989 y 160/1990).

⁹¹ No obstante, a esta posibilidad parece referirse indirectamente el artículo 45 LCAFB al establecer que al protectorado corresponderá «*velar por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones bancarias...*» (tras la reforma del art. 45 como consecuencia de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, se mantiene esta misma medida en el apartado 1 del art. 45 LCAFB).

⁹² Cfr. en particular el contenido del artículo 46 LCAFB sobre las funciones de supervisión que corresponden al Banco de España respecto de las fundaciones bancarias.

⁹³ En concreto, que el valor del activo total consolidado de la caja de ahorros, según el último balance auditado, supere la cifra de diez mil millones de euros o, que su cuota de mercado de depósitos de su ámbito territorial de actuación sea superior al 35% del total de

dación bancaria si, tras el traspaso de los activos, recibe el porcentaje de participación previsto en el artículo 32 y en fundación de carácter ordinario en caso contrario. Esta medida trata de evitar que las cajas de ahorros adquieran una excesiva relevancia en el mercado financiero y supone, por tanto, la fijación de un límite máximo a las posibilidades de crecimiento de estas entidades de crédito⁹⁴. No obstante, el deber de transformación no opera automáticamente dado que, en el caso de que la caja de ahorros cumpla alguno de los requisitos previstos puede evitar la transformación presentando un plan de retorno a la situación anterior (es decir, a una situación en la que no sea exigible su transformación en fundación bancaria u ordinaria) que debe ser autorizado por el Banco de España. Para completar el régimen se establece también un procedimiento para la transformación de las cajas de ahorros que contempla un plazo máximo de 6 meses desde que concurra cualquiera de los supuestos establecidos, produciéndose en caso de incumplimiento de dicho plazo, la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros, la baja en el registro especial de entidades de crédito y la transformación automática en fundación bancaria u ordinaria⁹⁵.

Como supuesto especial respecto a la transformación de cajas de ahorros en fundaciones bancarias, la Ley contempla también la transformación de cajas de ahorros que, en el momento de su entrada en vigor, ejerzan su actividad como entidades de crédito indirectamente a través de una entidad de crédito, se encuentren o no incurso en ese momento en alguna de las causas que obligaban a dicha transformación según la normativa anterior (disposición transitoria primera LCAFB)⁹⁶. En el primer caso, es decir, si la

depósitos. Debe advertirse que, en el supuesto de que la entidad pertenezca a un grupo por aplicación de cualquiera de los criterios incluidos en el artículo 42 C de C, los umbrales señalados se aplicarán al balance y cuentas consolidadas y la obligación de transformación afectará a todas las cajas de ahorros del grupo, que deberán transformarse en tantas fundaciones como cajas existieran.

⁹⁴ Precisamente, como indicábamos anteriormente (*vid. supra* apartado I), el excesivo tamaño alcanzado por las cajas de ahorros combinado con las dificultades que estas entidades tienen para la captación de capital principal como consecuencia de su propia configuración institucional, ha sido una de las causas de los problemas que han sufrido estas entidades y que ha sido identificado como causa a su vez de la crisis financiera.

⁹⁵ A su vez, debe tenerse en cuenta que en la disposición adicional decimocuarta LCAFB se prevé que la transformación de una caja de ahorros en fundación bancaria no afecta al régimen aplicable a los instrumentos de deuda emitidos por aquella y que estén vigentes en el momento de proceder a la transformación, en tanto dichos instrumentos mantendrán hasta su vencimiento el régimen jurídico de las emisiones efectuadas por entidades de crédito.

⁹⁶ Como hemos señalado anteriormente, las causas que determinaban la obligación de transformación a las cajas de ahorros que ejercen su actividad financiera indirectamente a

caja de ahorros de ejercicio indirecto no se encuentra incurso en causa legal que haga exigible la transformación, el plazo para proceder a ésta se extiende hasta un año desde la entrada en vigor de la nueva Ley, plazo durante el cual continuará siendo aplicable el régimen sobre cajas de ahorros anterior a ésta⁹⁷. Aunque se prevea la posibilidad de que estas cajas de ahorros deban transformarse tanto en fundaciones bancarias como en fundaciones ordinarias, lo habitual en este caso será que la caja de ahorros deba transformarse en fundación bancaria, salvo que el proceso de transformación se vea acompañado de operaciones de modificación estructural de la entidad de crédito o de la transmisión total o parcial del porcentaje ostentado en el capital de ésta⁹⁸.

Por su parte, en el supuesto de que la caja de ahorros ya se encontrase incurso en causa legal de transformación con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, se distinguen, a su vez, dos posibilidades en atención a que se hubiese iniciado o no el procedimiento de transformación. En el primer caso, es decir, si ya se hubiese iniciado el proceso de transformación en fundación bancaria u ordinaria, bien a iniciativa de la propia caja de ahorros bien como consecuencia de la aplicación de las normas que establecían la transformación forzosa en caso de incumplimiento del plazo previsto para proceder a ésta, continuarán dicho proceso sin que el mismo pueda exten-

través de otra entidad de crédito, se establecían en el artículo 6 Real Decreto-Ley 11/2010 y se refieren a la pérdida del control de la entidad de crédito en el sentido del artículo 42 C de C, reducción de su porcentaje de participación en el capital de ésta por debajo del 25% de los derechos de voto, renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y otros supuestos de revocación de la autorización y determinación del deber de transformación en los planes de reestructuración o resolución de la caja de ahorros adoptados de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre.

⁹⁷ Básicamente, la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, y su normativa de desarrollo, así como, en su caso, las disposiciones aplicables del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, incluido su régimen fiscal, y el artículo 8.3.d) Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Estas cajas de ahorros, en consecuencia, no deberán adaptar sus estatutos ni la composición de sus órganos de gobierno a la regulación contenida en la propia LCAFB, ni tampoco proceder a la renovación de sus órganos de gobierno cuyos mandatos se entenderán prorrogados hasta la fecha de su transformación.

⁹⁸ En este sentido, si la caja de ahorros que ejerce indirectamente su actividad bancaria no incurre en causa de transformación en los términos establecidos en la normativa anterior será porque ostenta el control de la entidad de crédito en los términos del artículo 42 C de C o un porcentaje de al menos el 25% del capital de ésta, participación en todo caso superior a la prevista en el artículo 32 LCAFB como determinante de la atribución de la condición legal de fundación bancaria.

derse más allá de 3 meses desde la entrada en vigor de la nueva Ley⁹⁹. En el supuesto de que todavía no se hubiese iniciado el proceso de transformación, las cajas de ahorros contarán con el plazo que les reste de los 6 meses que prevé el artículo 35.2 LCAFB y que se computarán desde el momento en que hubiesen incurrido en causa de transformación.

Al margen de estos supuestos, se prevé también la obligación de transformación en fundación bancaria de las fundaciones ordinarias que, como consecuencia de la adquisición de una participación en una entidad de crédito, superen los porcentajes y requisitos previstos en el artículo 32 LCAFB. Para proceder a esta transformación se concede, igualmente, un plazo de 6 meses desde que se formalice la adquisición de la participación en el capital de una entidad de crédito que determine el cumplimiento de los requisitos señalados. Sin embargo, en este caso el incumplimiento del deber de transformación en el plazo previsto no dará lugar a la disolución de los órganos de la fundación y transformación automática sino directamente a *«la extinción de la fundación y la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el patronato de la fundación bajo el control del protectorado»* (art. 36.4 LCAFB). Esta medida, al margen de que supone una injustificada diferencia de trato respecto a las cajas de ahorros que incumplan su deber de transformación en fundaciones bancarias, implica la configuración del incumplimiento del deber de transformación como causa de extinción de la fundación en el sentido del artícu-

⁹⁹ En los casos en los que haya transcurrido el plazo de cinco meses desde el acaecimiento de la causa de transformación que se establecía en la normativa anterior, se habrá producido la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España y el protectorado correspondiente habrá procedido al nombramiento de una comisión gestora de la fundación de carácter especial en los términos previstos en el artículo 6.2 Real Decreto-Ley 11/2010. Para evitar que pudiese interpretarse que, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Ley, sería necesario comenzar de nuevo el proceso. En el Senado se introdujo una modificación en la disposición transitoria primera de la Ley para habilitar a las comisiones gestoras a completar el proceso de transformación. Sin embargo, para aclarar mejor este extremo hubiese sido conveniente precisar que se trata de las comisiones gestoras ya nombradas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley dado que ésta también prevé el nombramiento de una comisión gestora en los casos de incumplimiento del plazo para la transformación de cajas de ahorros en fundaciones bancarias (art. 35.3 LCAFB). Por otra parte, la fijación de un plazo límite de tres meses es también problemática dado que, si se trata de cajas de ahorros que ya han perdido la condición de entidades de crédito y sus órganos han sido disueltos con nombramiento de una comisión gestora, pero cuyo proceso de transformación todavía no se ha completado (la comisión gestora no ha aprobado la modificación de los estatutos o la escritura de transformación no se ha inscrito en el Registro Mercantil), no se adivina cuáles pueden ser las consecuencias del incumplimiento del mencionado límite temporal.

lo 31, f) LF, cuya concurrencia determina la apertura de la fase de liquidación¹⁰⁰.

Este deber de transformación no se impone, sin embargo, a las fundaciones ordinarias que en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley ostenten ya un porcentaje de capital superior al previsto en el artículo 32 de la Ley, salvo en el caso de que aumenten su participación en la entidad de crédito (disposición adicional primera, apartado 2, LCAFB). Esta medida trata de minimizar el impacto de la aprobación de la nueva Ley respecto de fundaciones ordinarias que pudieron haber adquirido una participación en el capital de una entidad de crédito en un momento en el que no se imponían especiales exigencias y que, tras el cambio normativo, se verían sometidas a un incisivo régimen que afectará, no sólo a la gestión de su participación en la entidad de crédito, sino también a su propia organización y funcionamiento internos. Esto significa, por tanto, que se admite la existencia de fundaciones ordinarias (no bancarias) que mantengan porcentajes de participación en una entidad de crédito superiores a los previstos en el artículo 32 LCAFB sin límite temporal alguno dado que, en tanto no aumenten dicha participación, no quedarán sometidas a las disposiciones especiales previstas en la nueva Ley¹⁰¹.

La modificación de esta disposición prevista en el Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, de inminen-

¹⁰⁰ En este aspecto la Ley de fundaciones (y, por extensión, la LCAFB que sigue su mismo planteamiento) adolece de cierta imprecisión técnica dado que la apertura del proceso de liquidación debería ser previa a la extinción de la fundación. Como señala VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación...*, cit., p. 455 y 456, la liquidación «responde a la necesidad de extinguir todas las relaciones jurídicas de la fundación, antes de que ésta se extinga»; por esta razón, la liquidación precede a la extinción (como señala la doctrina, durante el proceso de liquidación, la fundación conserva su personalidad jurídica por lo que, en sentido propio, no puede considerarse extinguida hasta que no finaliza dicho proceso).

¹⁰¹ La nueva Ley vincula el deber de transformación exclusivamente a que, tras su entrada en vigor, la fundación de que se trate incremente su participación en la entidad de crédito, aunque no se especifica si dicho deber sería exigible ante cualquier incremento de la participación de la fundación o únicamente en el supuesto de que se incremente la participación respecto del porcentaje que la fundación ostentase en el momento de entrada en vigor de la Ley (de interpretase la norma en este segundo sentido, significaría que la fundación de que se trate podría disminuir su participación y posteriormente incrementarla sin que éste incremento active el deber de transformación en fundación bancaria salvo cuando superase el volumen de participación que la fundación ostentase en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley). Igualmente, también parece que debería proceder a la transformación si, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, aun cuando no aumente su participación en la entidad de crédito, alcance acuerdos con otras fundaciones ordinarias o bancarias que determinen su actuación concertada en relación con la gestión de su participación en la entidad de crédito.

te aprobación, supone la introducción de una medida que oscurece la interpretación de la disposición en su conjunto. En este sentido, se propone añadir un nuevo inciso al apartado 2 de la disposición adicional primera, en cuya virtud se amplía el plazo para la transformación en fundación bancaria a nueve meses cuando la fundación que a la entrada en vigor de la Ley mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance los niveles previstos en el artículo 32 «*tenga su origen en una caja de ahorros*»¹⁰².

Finalmente, la disposición adicional primera, apartado 1, LCAFB contempla la transformación de las fundaciones de carácter especial resultantes de la previa transformación de una caja de ahorros al amparo de lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010. Respecto a éstas, se determina su deber de transformación, también en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la nueva Ley, en fundación bancaria si el porcentaje de capital que ostenten en una entidad de crédito supera el umbral previsto en el artículo 32 LCAFB o, en fundación ordinaria, en caso contrario, sin que simultáneamente se establezca ni un procedimiento para llevar a cabo la citada transformación ni tampoco las consecuencias del incumplimiento del plazo de transformación previsto. En relación con esta última cuestión resulta discutible, por tanto, si debemos entender aplicable analógicamente la solución prevista para las cajas de ahorros que incumplan su deber de transformación (disolución directa de los órganos de la caja y transformación automática en fundación bancaria u ordinaria, según corresponda) o la prevista para las fundaciones ordinarias que igualmente incumplan dicho deber (extinción de la fundación y apertura del procedimiento de liquidación) si bien, en la medida en que se trata de fundaciones que proceden de la previa transformación de una caja de ahorros, parece preferible inclinarse por la primera opción.

3. Estructura y organización de las fundaciones bancarias

A) Consideraciones generales. Órganos de la fundación bancaria, composición del patronato y otras normas de organización

La nueva Ley contiene un conjunto de medidas en relación con la estructura y organización de las fundaciones bancarias que están claramente diseñadas pensando en el supuesto de que la fundación provenga de la transformación de una caja de ahorros (o de una fundación de carácter especial

¹⁰² La duda se plantea porque las fundaciones que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAFB tendrán la naturaleza de fundaciones de carácter especial que se rigen por el apartado 1 de la disposición adicional primera y no por su apartado segundo.

en la que previamente se hubiese transformado una caja de ahorros) y cuya finalidad, al margen de dotar a estas entidades de una estructura menos compleja que la de la entidad de origen¹⁰³, se orienta también con claridad a impedir que desde los órganos de la fundación bancaria pueda ejercerse una influencia determinante o excesiva sobre los órganos de la entidad de crédito en cuyo capital social participe aquella¹⁰⁴. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, esta nueva normativa es también aplicable a aquellas fundaciones que, sin provenir de la transformación de una caja de ahorros, reúnan algunos de los requisitos previstos en el artículo 32 LCAFB, en relación con las cuales la aplicación de estas medidas sobre estructura y organización, al margen de exigir su propia justificación, puede resultar fuertemente perturbadora¹⁰⁵.

Básicamente dichas normas se contienen en los artículos 37 a 42 LCAFB y, se concretan en disposiciones relativas a la composición del principal órgano de gobierno de la fundación, a los requisitos subjetivos que deben reunir sus miembros y a delimitar los cargos de presidente y secretario del mismo. Algunas de estas normas especiales son perfectamente prescindibles en tanto se limitan a reproducir preceptos o medidas aplicables con carácter general a todas las fundaciones. Así sucede, por ejemplo, con los artículos 40.4, 41 y 42.2 LCAFB relativos, respectivamente, al régimen de abono de gastos y retribución de los patronos y a los cargos de presidente y secretario del patronato, estos últimos con un contenido normativo ciertamente muy esca-

¹⁰³ Desde el punto de vista organizativo, la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial tiene importantes consecuencias internas en tanto conlleva una significativa simplificación estructural de la entidad dado que la organización de las fundaciones es, en principio, menos compleja que la de las cajas de ahorros. En este sentido, en relación con su estructura, las cajas de ahorros a pesar de su naturaleza fundacional, se aproximan más a la estructura organizativa de las sociedades de capital y se separan, por tanto, de la organización de las fundaciones cuya organización se construye sobre la base de un órgano de dirección, gestión y control (el patronato), al que estatutariamente pueden añadirse otro u otros.

¹⁰⁴ Ninguna duda queda respecto al objetivo de política jurídica perseguido, que se ha puesto repetidamente de manifiesto en los debates parlamentarios que han tenido lugar con ocasión de la tramitación legislativa de la LCAFB, como tampoco de que ello obedece a la profunda desconfianza generada sobre una buena parte de los gestores de las cajas de ahorros (sobre esta cuestión véase este mismo apartado *infra*).

¹⁰⁵ Como indicábamos anteriormente (*vid. supra* el apartado anterior), la LCAFB impone la obligación de transformarse en fundación bancaria, a las fundaciones que en el momento de entrada en vigor de la Ley cumplan alguno de los requisitos previstos únicamente en el supuesto de que aumenten su porcentaje de capital en la entidad de crédito. Junto a éstas, también deberán transformarse en fundaciones bancarias aquellas fundaciones que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, adquieran el porcentaje de capital establecido en el artículo 32 de dicha Ley.

so y en todo caso ya incluido en el régimen general de fundaciones. En concreto, el artículo 40.4 LCAFB se limita a reproducir literalmente el contenido del artículo 15.4 LF y plantea, por tanto, las mismas cuestiones que suscita la interpretación y aplicación de este precepto¹⁰⁶, con una única diferencia que no parece especialmente significativa¹⁰⁷. Por su parte, el artículo 41 de la Ley dedicado al presidente se circunscribe a determinar que el patronato designará a un presidente de entre sus miembros, a quien corresponderá la máxima representación de la fundación, y cuyo régimen aplicable será determinado en los estatutos, sin añadir por tanto nada a la norma contenida en el artículo 13 del Reglamento de Fundaciones¹⁰⁸. En parecido sentido, el apartado 2 del artículo 42 LCAFB establece que el patronato nombrará un secretario, que podrá o no ser patrono, a quien corresponderá la certificación de los acuerdos del patronato, que es precisamente una de las funciones que el artículo 14 del Reglamento de Fundaciones atribuye al secretario del patronato de las fundaciones¹⁰⁹. Ninguna de estas normas añade, por tanto, contenido normativo significativo al régimen general de fundaciones ni, en consecuencia, contiene especialidades mínimamente relevantes respecto de éste.

En parecido sentido podría citarse el artículo 37 LCAFB, relativo a los órganos de gobierno, a cuyo tenor las fundaciones bancarias tendrán como órganos de gobierno «*el patronato, las comisiones delegadas de éste que prevean los estatutos, el director general y los demás que, en su caso, prevean sus estatutos de*

¹⁰⁶ En particular, *vid.*, entre otros, EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación (artículos 14 a 18)», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios...*, cit., pp. 227-276, en particular, pp. 256 y ss.; SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 507-585, en particular, pp. 563 y ss.; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. y MARIMÓN DURÁ, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios...*, cit., pp. 408 y ss.; PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órganos de gobierno y relaciones con los poderes públicos», en DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L. y SANJURJO, T. (dirs.), *Tratado...*, cit., pp. 195-252, en particular, pp. 223 y ss.

¹⁰⁷ En concreto, el artículo 15.4 LF admite que el fundador pueda incluir en los estatutos una previsión contraria al reconocimiento por el patronato de una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato, posibilidad que, sin embargo, no se contempla en el artículo 40.4 LCAFB.

¹⁰⁸ A este respecto, el artículo 13 del Reglamento de Fundaciones determina con mayor amplitud y concreción las funciones que corresponden al presidente del patronato.

¹⁰⁹ La doble posibilidad de que el secretario pueda o no ostentar la condición de patrono no supone tampoco novedad alguna pues constituye criterio unánime en relación con las fundaciones en general; *vid.*, por todos, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de la fundación*, Pamplona, 1997, pp. 109-110, SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», cit., p. 541, y PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órganos de gobierno...», cit., p. 211.

acuerdo con la normativa general de fundaciones». Frente al régimen general aplicable a las fundaciones en el que también se prevé al patronato como máximo órgano de gobierno (cfr. art. 14 LF) así como la posibilidad de que estatutariamente puedan establecerse delegaciones de las competencias del patronato así como otros órganos (art. 16 LF), la única novedad que añade este precepto, posteriormente complementada con lo previsto en el artículo 42.1 de la Ley, se refiere a la necesaria existencia de la figura del director general, nombrado por el patronato y que asistirá a las reuniones del mismo con voz y sin voto.

La previsión de la figura del director general debe conectarse, de nuevo, con la consideración de la fundación bancaria como forma jurídica de una caja de ahorros que ha sido desprovista de la condición de entidad de crédito. A este respecto, las normas contenidas en la nueva Ley, al margen de reflejar la menor complejidad estructural de las fundaciones frente a las cajas de ahorros, como señalábamos anteriormente se orientan sobre todo a impedir una injerencia excesiva de los órganos de la fundación en la gestión de la entidad de crédito en cuyo capital participan y, por esta razón, partiendo de la existencia de la figura de director general en las cajas de ahorros sujetas al deber de transformación en fundaciones bancarias¹¹⁰, se pretende evitar que dicha injerencia pueda provenir de la actuación de quien ocupe este cargo. En este contexto se explica la previsión de la figura del director general como órgano de las fundaciones bancarias (art. 37 LCAFB), cuya regulación se dirige fundamentalmente a extender a éste el régimen de incompatibilidades previsto para los miembros del patronato. En este sentido, el segundo inciso del apartado 1 del artículo 42 LCAFB determina que *«el cargo de director general será incompatible con el de miembro del patronato, si bien estará sometido a los requisitos e incompatibilidades previstos en el artículo 40»* que, entre otras disposiciones, incluye la incompatibilidad de la condición de patrono (y, por tanto, también de la de director general) con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad bancaria de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario. En todo caso, fuera del ámbito de las fundaciones bancarias que sean fruto de la transformación directa o sucesiva de una caja de ahorros, la exigencia del nombramiento de un director general supone una separación no justificada

¹¹⁰ En este sentido, la LORCA incluye al director general entre los órganos de gobierno de las cajas de ahorros (cfr. arts. 1, 26 y 27 LORCA). Como consecuencia de ello, la totalidad de las cajas de ahorros que se han transformado en fundaciones de carácter especial y que, en su momento, deberán transformarse en fundaciones bancarias, cuentan entre sus órganos con la figura del director general.

respecto del modelo de organización previsto para las fundaciones en general, que contempla únicamente la existencia de un patronato y confía a la autonomía estatutaria de cada fundación la previsión de otros órganos de gobierno¹¹¹.

Al margen de estas disposiciones y de la contenida en el artículo 38 LCAFB destinada únicamente a encomendar al patronato de las fundaciones bancarias la responsabilidad de informar al Banco de España, en tanto el resto de su contenido reproduce normas generales aplicables a cualquier fundación¹¹², las medidas más sustantivas relativas a la estructura orgánica de las fundaciones bancarias respecto de las aplicables con carácter general a las fundaciones, se concretan en las relativas a la composición del patronato y en los requisitos e incompatibilidades del cargo de patrono (arts. 39 y 40 LCAFB, respectivamente), materias en las que de nuevo vuelve a ponerse de manifiesto la preferente atención del nuevo régimen al supuesto de fundación bancaria que es resultado de la transformación de una caja de ahorros¹¹³.

Así se manifiesta particularmente en relación con la composición del patronato que se configura, además, de manera imperativa. En este sentido, al margen de otros aspectos, el artículo 39 LCAFB delimita las categorías o grupos a los que necesariamente deben pertenecer los miembros del patronato de una fundación bancaria con evidente proximidad respecto de la composición de los órganos de gobierno de una caja de ahorros. Así, entre

¹¹¹ Sobre los problemas que plantea la existencia de una pluralidad de órganos en una fundación frente a la alternativa de mantener un único órgano que delegue parcialmente sus facultades *vid.*, por todos, EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación...», cit., pp. 241 y ss.

¹¹² A tenor del artículo 38 LCAFB, el patronato se configura como el «*máximo órgano de gobierno y representación de las fundaciones bancarias*», y se señala que su función principal consiste en «*cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación*», una medida absolutamente paralela a la prevista en el artículo 14.2 LF. Junto a ello, el párrafo segundo del precepto determina que el patronato «*será también responsable del control, supervisión e informe al Banco de España*», lo que parece referirse al control y supervisión interna de la actividad de la fundación (el régimen de control de las fundaciones bancarias establecido en los arts. 45 a 47 de la propia Ley, atribuye la supervisión de las fundaciones bancarias al protectorado competente y al Banco de España), una función que también se desprende del régimen legal general aplicable a las fundaciones y que deriva de la consideración del patronato como máximo órgano de gobierno de la entidad. La única medida específica, por tanto, que se añade al régimen general es la de determinar que el patronato es el órgano encargado de facilitar al Banco de España los informes que sean exigibles en atención a lo previsto en su régimen especial.

¹¹³ Esta vinculación hubiese sido todavía más intensa de aceptarse algunas de las enmiendas propuestas en sede parlamentaria, como la núm. 26 presentada en el Congreso de los Diputados que proponía incluir entre los distintos grupos de los cuales debe realizarse el nombramiento de los miembros del patronato de una fundación bancaria, a «*personas o entidades representativas de los impositores y de los trabajadores de la caja de ahorros de procedencia*».

dichos grupos se incluyen «*personas o entidades fundadoras, así como las de larga tradición en la caja o cajas de ahorros de que proceda, en su caso, el patrimonio de la fundación bancaria*», «*las entidades representativas de intereses colectivos en el ámbito de actuación de la fundación bancaria o de reconocido arraigo en el mismo*» y las «*personas privadas ... que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia*», una delimitación que recuerda a la prevista en alguna normativa autonómica en relación con la composición del patronato de las fundaciones de carácter especial que son fruto de la transformación de una caja de ahorros¹¹⁴. A su vez, en el marco de la propia limitación al número máximo de miembros con los que puede contar el patronato¹¹⁵, incorpora igualmente un límite al número de patronos representantes de administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público (que no podrán superar el 25% del número total de miembros) paralelo al que se impone en relación con la composición de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros¹¹⁶. Esta rígida delimitación de los grupos de procedencia de los miembros del patronato de una fundación

¹¹⁴ En concreto, el artículo 64 del Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, a través del cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña, determina la composición del patronato de las fundaciones de carácter especial resultantes de la transformación de una caja de ahorros definiendo nuevos grupos vinculados o relacionados con la fundación, sin referencia por tanto a los grupos de interés representados en los órganos de gobierno de la caja. En concreto, dicha norma determina que, en relación con la composición del patronato, «*debe procurarse que los patronos de la fundación especial sean entidades y personas relevantes en tareas culturales, científicas, benéficas, cívicas, económicas o profesionales en los ámbitos en que se pretenda desarrollar la obra social*» y se añade que, en particular, «*los patronos deberían pertenecer a los siguientes grupos vinculados o relacionados con la fundación especial: a) personas jurídicas, públicas o privadas, fundadoras o de larga tradición en el gobierno de la caja de ahorros, o entidades públicas de base territorial con presencia en esta; b) personas jurídicas privadas que realizan actividades de mecenazgo y aportan recursos a la entidad; c) personas jurídicas públicas o privadas que promuevan actividades similares a las que son objeto de la fundación especial o relacionadas con estas y que puedan aportar conocimiento y sinergias en el ámbito de actuación de la fundación y de las actividades o los programas que pretendan cumplirse y d) personas físicas de reconocido prestigio propuestas por los demás grupos del patronato*».

¹¹⁵ En este sentido, el artículo 39.1 LCAFB fija en quince el límite máximo al número de miembros del patronato (frente al número máximo de 20 que se establecía en el Anteproyecto), una norma que como señalábamos anteriormente no tiene carácter básico y que, por tanto, podrá ser modificada por la normativa autonómica que desarrolle la nueva regulación (*vid.* disposición final primera, apartado 2, g, LCAFB).

¹¹⁶ Cfr. el artículo 2.3 LORCA y el artículo 4.3.b) de la propia LCAFB que contiene exactamente la misma limitación en relación con la composición de la asamblea general de las cajas de ahorros. En orden al cómputo de este límite, entendemos que habrán de tomarse en consideración todos los patronos representantes de administraciones públicas y de entidades o corporaciones de derecho público, cualquiera que sea la categoría o grupo de patronos en el que se integren.

bancaria, estrechamente vinculada a la propia composición de los órganos de gobierno de una caja de ahorros o de la fundación de carácter especial resultante de la transformación de una caja de ahorros, carece de justificación cuando se contempla el supuesto de fundaciones que ostentan el porcentaje de capital previsto en el artículo 32 LCAFB sin haber disfrutado en ningún momento de la condición de caja de ahorros¹¹⁷. Junto a ello, se exige que en la composición del patronato se prevea la incorporación de, al menos, un representante de cada uno de los grupos determinados, con algunas matizaciones¹¹⁸. A partir de estas reglas, la distribución concreta de patronos pertenecientes a cada uno de los grupos de representación se confía a la autonomía estatutaria, sin perjuicio de la normativa autonómica adoptada a este respecto en desarrollo del régimen legal¹¹⁹.

En todo caso, la nueva regulación viene a resolver un importante problema planteado por la normativa anterior, fragmentaria e incompleta, que hasta su entrada en vigor ha disciplinado la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial. En este sentido, la regulación anterior no definía con claridad y precisión la composición del patronato de la fundación una vez producida la transformación, indicándose en algunas normas autonómicas de manera genérica que el patronato de la fundación debía estar compuesto por un conjunto de miembros que representasen a los mismos grupos que tenían representación en los órganos de gobierno de la caja de ahorros transformada y en la misma proporción¹²⁰. La aplicación de

¹¹⁷ En relación con éstas, atendiendo a la importancia de la participación en el capital de una entidad de crédito, tendría sentido la exigencia de que al patronato se incorporen personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera, pero no la del resto de grupos de procedencia.

¹¹⁸ *Vid.* artículo 39.3 LCAFB que matiza la presencia de miembros pertenecientes al grupo de personas privadas, físicas o jurídicas, que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia, en el sentido de que sea posible identificar una aportación significativa dentro de los quince años anteriores a la constitución del patronato. Por su parte, la presencia de representantes del grupo de personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera será determinada por las normas de desarrollo de la Ley y, en cualquier caso, será *«representativa y creciente en función del nivel de participación en la entidad de crédito que corresponda»* (art. 39.3 LCAFB).

¹¹⁹ A este respecto, también podrá ser designado como patrono de la fundación bancaria la propia entidad de crédito participada, que podría integrarse como representante del grupo de *«personas privadas, físicas o jurídicas, que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la Caja de Ahorros de procedencia»*.

¹²⁰ Cfr., por ejemplo, el artículo 21 bis Ley de cajas de ahorros de Castilla y León, aprobada por Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio, según la redacción dada por la disposición final 2.1 de la Ley 4/2012, de 16 de Julio, o el artículo 16 ter, apartado 3 Ley 15/1999,

este tipo de normas planteaba importantes problemas interpretativos dado que, la pérdida de la condición de entidad de crédito y la segregación del negocio bancario a favor de una entidad de crédito, provocaba que perdiese sentido mantener la representación de grupos de interés vinculados al desarrollo de una actividad financiera como son los impositores de las cajas de ahorros, los trabajadores o empleados de entidades de crédito en las que la fundación pueda ostentar un porcentaje de participación o las corporaciones municipales donde dicha entidad de crédito tenga abierta una oficina o sucursal¹²¹.

Esto no significa, sin embargo, que la aplicación de la nueva normativa esté exenta de dudas interpretativas que se plantean, particularmente, en torno a la delimitación de los distintos grupos que han de estar representados en el patronato de las fundaciones bancarias¹²². En este sentido, la mayor

de 16 de diciembre, de cajas de ahorros de Andalucía, según la redacción dada por el artículo único de la Ley 6/2011, de 2 de noviembre.

¹²¹ Las cajas de ahorros son entidades financieras con un ámbito territorial de actuación preferente, en tanto su propia creación responde, entre otros fines, a contribuir al desarrollo económico y social de su ámbito territorial de actuación. Por el contrario, las entidades de crédito a cuyo favor se haya realizado la segregación de la actividad financiera de la caja de ahorros a cambio de un porcentaje de participación en su capital social, revestirán la forma de sociedades anónimas bancarias cuya actuación no se limita a un específico ámbito territorial pues estas entidades se crean con vocación de ejercer su actividad en el mercado financiero en general, sin limitación a zonas geográficas concretas. De este modo, en el supuesto de que la caja de ahorros haya segregado su negocio financiero a favor de una entidad de crédito, que además puede reunir a su vez los negocios financieros de otras cajas de ahorros, que viniese ya operando en la zona de implantación de aquella y cuyo ámbito de actuación no se circunscriba ni siquiera preferentemente a una zona territorial determinada, se producirá la dilución de los grupos de interés vinculados inicialmente a cada una de las cajas de ahorros, dilución que se intensificará conforme avance el proceso de integración de todas las entidades (reducción y reorganización de plantilla, reordenación de sucursales de la entidad,...), tal y como ha ocurrido en varios casos en nuestro país. Se hace así difícil determinar cuáles deben ser los trabajadores o empleados de la entidad de crédito que deberían ostentar representación en los patronatos de las fundaciones de carácter especial resultantes de la transformación de las diferentes cajas de ahorros, o los municipios en los cuales dicha entidad de crédito tiene abiertas oficinas o sucursales que igualmente habrían de ostentar representación en dichos órganos o, en fin, la selección del grupo de impositores que habrían de elegir a sus representantes en los respectivos patronatos. A su vez, en los supuestos de transformación de la caja de ahorros por pérdida del control de la entidad de crédito a través de la cual venía desarrollando de modo indirecto su actividad financiera, la fundación de carácter especial resultante de la transformación carecerá de instrumentos jurídicos para recabar la colaboración de la entidad de crédito, imprescindible si se mantiene la representación de grupos de interés ligados, no a la fundación, sino a la propia entidad de crédito como son los impositores o los trabajadores y empleados de ésta.

¹²² El artículo 39 del Proyecto de Ley especificaba que todos los grupos mencionados en su apartado 3 debían estar representados en el patronato de la fundación, corrigiendo así

parte de los grupos se delimitan de manera difusa «*entidades representativas de intereses colectivos de reconocido arraigo*», «*personas independientes de reconocido prestigio profesional en materias relacionadas con el cumplimiento de los fines sociales*», y en algunos casos reflejan vinculación entre fundaciones bancarias y cajas de ahorros «*personas o entidades ... de larga tradición en la caja o cajas de ahorros de que proceda, en su caso, el patrimonio de la fundación bancaria*», «*personas privadas ... que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia*»¹²³.

Por otra parte, las normas sobre organización y funcionamiento de las fundaciones bancarias previstas en la LCAFB se completan con medidas en materia de gobierno corporativo y transparencia. A este respecto se prevé que las fundaciones bancarias harán público, con carácter anual, un informe de gobierno corporativo que deberán comunicar al protectorado correspondiente (art. 48.1 LCAFB). Igualmente, sin perjuicio de remitir la delimitación concreta de su contenido, estructura y requisitos de publicidad a las disposiciones que a este respecto adopte el Ministerio de Economía y Competitividad, se establece el contenido básico que debe tener el informe, con una determinación de indicaciones que pone de manifiesto que la principal finalidad de éste no es dar a conocer la estructura de gobierno interno de la fundación bancaria sino, más bien, su actuación en relación con la gestión de la participación que ostenta en la entidad de crédito así como aquellas circunstancias que puedan afectar a una gestión sana y prudente de la propia entidad de crédito. Finalmente, la regulación se completa con un riguroso

a sugerencia del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley, que no contenía previsión alguna a este respecto. Sin embargo, el reducido número de miembros del patronato (15) y el amplio conjunto de grupos de procedencia que deberían tener presencia en su seno, hacía muy dificultoso el cumplimiento de esta medida. Por esta razón, alguna de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados proponían que la exigencia obligatoria de la presencia de miembros procedentes de los distintos grupos se limitase únicamente a los previstos en los apartados d) y e) del artículo 39.3 del Proyecto (cfr. la enmienda núm. 134, presentada por el Grupo Parlamentario Popular), que fueron aprobadas e incorporadas al Proyecto. Sin embargo, en la fase final de la tramitación legislativa, en la sesión del Pleno del Senado en el que se aprobó el texto del Proyecto se Ley, se incorporó una enmienda transaccional que amplía el número de grupos que deben estar presentes en todo caso en el patronato a los expresados en los apartados a), b), d) y e) y también en el grupo c) pero en este último caso «*siempre que fuera posible identificar una aportación significativa dentro de los quince años anteriores a la constitución del patronato*», con lo que la norma finalmente incorporada a la LCAFB se aproxima bastante a la original contenida en la versión inicial del Proyecto de Ley.

¹²³ Éste último grupo abre la posibilidad de que las propias entidades de crédito en cuyo capital participan las fundaciones, puedan asumir la condición de patronos de ésta, sin perjuicio de la aplicación de la normas sobre incompatibilidad para el cargo de patrono.

régimen sancionador para el supuesto de incumplimiento de la obligación de elaboración o publicación del informe de gobierno corporativo o de existencia en dicho informe de omisiones o datos falsos o engañosos (art. 48, apartados 3 y 4, LCAFB).

- B) *Requisitos para adquirir la condición de patrono de una fundación bancaria. En particular, la incompatibilidad entre el cargo de patrono y el ejercicio de cargos equivalentes en la entidad de crédito*

Las normas contenidas en la LCAFB relativas a la organización y funcionamiento de las fundaciones bancarias que mayor controversia han planteado, son las referidas a los requisitos para adquirir la condición de patrono y, muy particularmente, la incompatibilidad de ésta con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad de crédito de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario (art. 40, apartado 3, LCAFB). En este sentido, los patronos deberán reunir los requisitos de honorabilidad comercial y profesional en los términos que se establezcan en la normativa de desarrollo y poseer los conocimientos y experiencias específicos para el ejercicio de sus funciones (art. 40, apartados 1 y 2 LCAFB), mientras que, los patronos designados entre personas con conocimientos y experiencia específicos en materia financiera, deberán cumplir los requisitos exigidos a este respecto a los miembros de los órganos de administración y cargos equivalentes en bancos (arts. 17.2 y 40.2 LCAFB).

Con carácter general, se aplican las mismas causas de incompatibilidad previstas para los miembros del Consejo de Administración de una caja de ahorros¹²⁴, otra medida que pone de manifiesto que el legislador está contemplando prioritariamente el supuesto de fundaciones bancarias procedentes de la transformación de una de estas entidades. Adicionalmente, el cargo de patrono es también incompatible con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad de crédito de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario (art. 40.3 LCAFB)¹²⁵.

¹²⁴ De este modo, el cargo de patrono de la fundación bancaria es incompatible con el de cargo político electo, cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato, alto cargo de la administración general del Estado, la administración de las Comunidades Autónomas y la administración local, así como de las entidades del sector público, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquéllas (arts. 40, apartado 3, y art. 3, apartados 3 y 4 LCAFB).

¹²⁵ Este régimen de incompatibilidad se aplica únicamente a los miembros del patronato por lo que no afectará al secretario del patronato de la fundación en el supuesto de que éste no ostente simultáneamente la condición de patrono (posibilidad que contempla el art. 42, apartado 2, LCAFB).

Esta última medida constituye uno de los principales instrumentos para evitar que la fundación bancaria pueda ejercer una influencia excesiva en el seno de la entidad de crédito de la que es accionista, dando cumplimiento así a los compromisos asumidos por el Gobierno de España en el MoU suscrito con la Comisión Europea a que antes hicimos referencia¹²⁶. Sin embargo, resulta cuestionable si dichos compromisos obligaban a prever una medida tan restrictiva como la contenida en el artículo 40.3 de la Ley, que impide que un miembro del patronato de una fundación bancaria (de cualquier fundación bancaria y no únicamente de aquéllas que sean el resultado de la transformación de una caja de ahorros) pueda ostentar simultáneamente el cargo de miembro del Consejo de Administración de la entidad de crédito en la que aquélla ostenta un porcentaje de capital, que puede llegar a ser incluso mayoritario, o de cualquiera de las sociedades que integran su grupo «controladas por el grupo bancario»¹²⁷. Obviamente no se impide que la fundación bancaria pueda participar en el nombramiento de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito¹²⁸, lo que sería directamente inaceptable, sino que un patrono pueda simultanear el ejercicio de ese cargo con el de consejero en la entidad de crédito o de sus entidades dependientes.

A este respecto, se ha señalado que esta prohibición constituye una «severa injerencia en el Derecho de propiedad de la fundación bancaria al restringir su capacidad para elegir a sus representantes en el Consejo de Administración del banco participado», que, en la medida en que no cuente con una justificación objetiva y razonable vinculada a motivos de interés general que resulten acreditables, constituiría «una medida desproporcionada que

¹²⁶ Vid. *supra* apartado I.

¹²⁷ Como señalábamos anteriormente, entre los compromisos asumidos por nuestro país como consecuencia de la suscripción del MoU se incluye la previsión de medidas «para adoptar requisitos de incompatibilidad para los órganos de gobierno de las antiguas cajas de ahorros y los bancos comerciales bajo su control» (subapartado 23, último punto, MoU); a su vez, la Nota Técnica del FMI sobre Reforma de las cajas de ahorros españolas subraya la necesidad de distinguir mejor las funciones de propiedad y de gestión del banco y los efectos derivados de la intervención pública en el proceso de designación de los miembros de los órganos rectores de las cajas (parágrafo 30). Como puede verse, los compromisos impuestos se limitan a exigir que se prevean requisitos de incompatibilidad más rigurosos pero no exigen necesariamente que se establezca una prohibición en los términos previstos en la Ley, aunque obviamente deba reconocerse que la medida adoptada cubre sobradamente los compromisos asumidos. La cuestión es si también cabría cumplir dichos compromisos con una medida que resultase menos incisiva.

¹²⁸ Antes al contrario, como hemos señalado anteriormente, el artículo 32 LCAFB incluye la posibilidad de nombramiento o destitución de un administrador de la entidad de crédito entre los criterios para atribuir el carácter de fundación bancaria.

incurriría en una discriminación constitucionalmente prohibida»¹²⁹. A su vez, además de que esta medida no venga expresamente exigida en sus propios términos por los compromisos asumidos por nuestro país frente a instituciones internacionales, se argumenta que resultaría contradictoria con la recomendación que se realiza en relación con el gobierno corporativo de sociedades cotizadas (cualidad que reúnen muchas entidades de crédito) de que los consejeros externos dominicales constituyan, junto a los consejeros independientes, una amplia mayoría de los miembros del Consejo de Administración¹³⁰. Todo ello se plasma en la sugerencia de flexibilizar el régimen previsto restringiendo el ámbito de la incompatibilidad señalada al desempeño de cargos ejecutivos en la entidad bancaria realizada sobre el texto del Anteproyecto y repetidas durante la tramitación legislativa del Proyecto de Ley que, sin embargo, no ha sido recogida en el texto final de la Ley¹³¹.

La única medida de flexibilización de esta norma ha sido la incorporación al texto final de la Ley de una disposición transitoria destinada a suavizar el impacto que la entrada en vigor de la Ley podía provocar sobre la composición de los órganos de administración de las entidades de crédito en cuyo capital participan fundaciones de carácter especial o cajas de ahorros que deberán transformarse en fundaciones bancarias dado que, en la generalidad de los casos, los miembros del patronato de la fundación (o de la caja de ahorros todavía no transformada que ejerce indirectamente su actividad fi-

¹²⁹ Cfr. el Informe al Anteproyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias emitido por la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA).

¹³⁰ Sin embargo, la norma contenida en el Anteproyecto, reproducida posteriormente en el Proyecto de Ley e incorporada finalmente a la LCAFB, no se contrapone a esta recomendación de gobierno corporativo dado que la misma se limita a impedir que los patronos de la fundación bancaria puedan ocupar el cargo de miembros del consejo de administración de entidades bancarias pero no impide ni excluye que la fundación, en tanto socio de la entidad de crédito, pueda designar a otros representantes en dicho órgano, que obviamente tendrían la consideración de consejeros dominicales.

¹³¹ En este punto coinciden los informes al Anteproyecto de Ley realizados por la Confederación Española de Cajas de ahorros, CNMV y Consejo de Estado. Con un razonamiento similar se presentaron diversas enmiendas al Proyecto de Ley, tanto en el Congreso como en el Senado, dirigidas a restringir la incompatibilidad de los patronos de las fundaciones bancarias, bien limitando la misma al ejercicio de cargos ejecutivos en la entidad de crédito (*vid.* las enmiendas núms. 41 y 84 presentadas respectivamente en el Congreso y en el Senado por el Grupo Parlamentario Vasco), bien excluyendo dicha causa de incompatibilidad en relación con los patronos de las fundaciones bancarias que deben ser elegidos entre personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera (*vid.* enmiendas núms. 112 y 27 presentadas respectivamente en el Congreso y en el Senado por el Grupo Parlamentario Socialista y la enmienda núm. 69 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya), según la posibilidad que también contemplaba en su Informe la CECA.

nanciera a través de la entidad de crédito) forman parte del Consejo de Administración de la entidad de crédito y de sociedades o entidades pertenecientes a su grupo empresarial, desempeñando en algunos casos funciones ejecutivas. La medida consiste en admitir temporalmente la compatibilidad de todos o algunos de los consejeros afectados con ciertas limitaciones, en particular, se excluye la posibilidad de simultanear el ejercicio de funciones ejecutivas en el banco y en la fundación, se limita al 25% el porcentaje máximo de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito que pueden ser patronos de la fundación y, finalmente, se limita también el período durante el cual la compatibilidad es admisible como máximo hasta el 30 de junio de 2016¹³².

Esta norma transitoria plantea diversas cuestiones de interés. Ante todo, puede apreciarse una cierta falta de armonía entre la disposición transitoria que está elaborada desde la perspectiva de la composición del órgano de administración de la entidad de crédito (que es lo que realmente importa al legislador en tanto se trata de evitar una excesiva injerencia de los patronos de la fundación en la gestión de ésta) y la norma general establecida en el artículo 40.3 LCAFB, que contempla la cuestión desde la perspectiva del régimen de incompatibilidad de los patronos de las fundaciones bancarias. Al margen de ello, la disposición transitoria no contempla, ni por tanto incluye en su ámbito de aplicación, la participación de patronos de fundaciones bancarias en el órgano de administración de sociedades o entidades integradas en el grupo empresarial de la entidad de crédito en cuyo capital participen, en relación con lo cual la incompatibilidad se mantiene de modo absoluto desde la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, ni tampoco los casos en los que en el Consejo de Administración de la entidad de crédito participen miembros de los patronatos de diferentes fundaciones bancarias que no actúen concertadamente, lo que podría plantear problemas de aplicación de más difícil solución¹³³.

¹³² La disposición transitoria segunda se incorporó a la LCAFB como consecuencia de la aprobación de la enmienda núm. 103 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, cuya justificación indicaba lacónicamente «*mejora técnica*». Inicialmente, la limitación de la compatibilidad se extendía hasta el tiempo restante en el momento de entrada en vigor de la Ley para agotar el mandato en curso y, en todo caso, como máximo hasta el 30 de junio de 2016. La reforma introducida en la disposición transitoria segunda por la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, de inminente entrada en vigor, ha flexibilizado y simplificado la norma estableciendo únicamente el límite temporal del 30 de junio de 2016.

¹³³ En este sentido, el porcentaje del 25% se fija en relación con «*consejeros compatibles*», es decir, supondrá el número máximo de miembros del Consejo de Administración de una entidad de crédito que puedan ostentar simultáneamente la condición de patronos de fundaciones bancarias que participen en su capital.

El cómputo del porcentaje máximo de miembros «compatibles» también plantea algunas dudas interpretativas. Así, aun cuando no se especifica, entendemos que el porcentaje máximo del 25% deberá computarse respecto de la totalidad de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito y no únicamente sobre el número de miembros no ejecutivos y, a su vez, sobre el número total de miembros del Consejo de Administración, con independencia de que en el momento de entrada en vigor de la Ley existan plazas vacantes o no cubiertas. Por otra parte, tras la modificación prevista con la entrada en vigor de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, parece que, si se produce el cese o terminación anticipada del cargo declarado compatible antes del 30 de junio de 2016, podría continuarse manteniendo la compatibilidad de otro consejero¹³⁴.

Ciertamente, al margen de este mejorable régimen transitorio, la norma finalmente incorporada al artículo 40.3 LCAFB parece excesivamente rígida y solo justificada por la voluntad de apartar a los antiguos gestores de las cajas de ahorros, de la gestión de las entidades de crédito a favor de las cuales segregaron sus respectivos negocios bancarios. Contemplada fuera de este contexto y aplicada a los patronos de fundaciones bancarias que no provengan de la transformación de una caja de ahorros, pierde sentido y se manifiesta como una injerencia quizás excesiva e innecesaria que, además, puede resultar escasamente eficaz dado que no impide que la fundación bancaria pueda designar a otros representantes y ejercer, a través de éstos, una influencia en la gestión de la entidad bancaria que es precisamente lo que se trata de evitar. De hecho, frente a la rigidez con la que se trata a los miembros del patronato (y al director general) la norma prevista no impide, en cambio, que la propia fundación bancaria adquiera la condición de miembro del Consejo de Administración de la entidad de crédito¹³⁵, sin perjuicio de que parece que en tal caso no cabría designar como representante de aquélla a ningún miembro de su patronato¹³⁶, ni tampoco que la fundación designe a otros miembros del Consejo de Administración en su representación. Es más,

¹³⁴ Con el texto inicial de la disposición transitoria segunda LCAFB debía entenderse lo contrario dado que en dicha disposición la compatibilidad se limitaba al período restante de duración del cargo (y, como máximo, hasta el día 30 de junio de 2016).

¹³⁵ Como tampoco se impide que la entidad de crédito pueda asumir la condición de patrono de la fundación bancaria (cfr. el art. 39.3.c LCAFB y las consideraciones realizadas *supra* en relación con la composición del patronato). En este caso, aunque el tenor literal de la Ley no lo impida, entendemos que la entidad de crédito no podría designar a un miembro de su Consejo de Administración como representante para el ejercicio de su cargo de patrono en la fundación bancaria.

¹³⁶ En este sentido, la incompatibilidad se establece entre el cargo de patrono y «el desempeño de cargos equivalentes en la entidad bancaria» lo que parece que también cubriría el su-

ni siquiera se prevé la aplicación de este régimen de incompatibilidad al secretario del patronato que no ostente simultáneamente la condición de patrono, posibilidad que contempla el artículo 42.2 LCAFB¹³⁷. De este modo, en función del porcentaje de capital que ostente la fundación bancaria, sus representantes podrían incluso suponer la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito; y no parece que la influencia de la fundación bancaria en la gestión de la entidad de crédito vaya a ser menor por el hecho de que su representación sea ostentada por personas designadas a tal efecto que no ostenten la condición de patronos de la fundación ni la de director general. En suma, demasiada injerencia en el ámbito de autonomía de la fundación para conseguir escasos resultados si la voluntad de los miembros de su patronato es influir en la gestión de la entidad de crédito.

No obstante, en relación con ello deben también tomarse en consideración los estudios que ponen de manifiesto que, en los casos de compañías controladas por fundaciones, la «distancia» entre los órganos de gestión de la fundación y el órgano de administración de la compañía controlada, mejora los resultados económicos de ésta dado que aumenta la intensidad, claridad y objetividad con la que los gestores de la fundación, que en último extremo ostentan el control de la compañía participada, se centran en la rentabilidad de ésta¹³⁸. Ante todo estos estudios, que también confirman que las sociedades controladas por fundaciones no son menos rentables que las controladas por otro tipo de inversores, se centran en el análisis de aquellos casos en los que una fundación ostenta el control de una sociedad lo cual, como hemos señalado anteriormente, no siempre ocurrirá en las fundaciones bancarias¹³⁹, y parten de la comparación entre dos modelos muy distantes de relación

puesto en el que el patrono actúe como representante de la fundación bancaria administradora.

¹³⁷ Como veíamos anteriormente, esta norma contempla la designación de un secretario del patronato «*que podrá ser o no patrono*» sin que al mismo se extienda el régimen de incompatibilidad previsto para los patronos (como, en cambio, si se prevé para el director general en el apartado 1 de ese mismo precepto).

¹³⁸ *Vid.*, en particular, el trabajo de HANSMANN, H. y THOMSEN, S., «Managerial Distance and Virtual Ownership: The Governance of Industrial Foundations», *ECGI Finance Working Paper* núm. 372, julio de 2013, del que se hace eco el Prof. Jesús Alfaro en su blog (*vid.* la entrada «Sociedades cotizadas controladas por una fundación», <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es>, 28 de octubre de 2013).

¹³⁹ El porcentaje de participación en la entidad de crédito exigido para atribuir la condición de fundación (10% del capital social o aquel que permita nombrar o destituir a un miembro del Consejo de Administración de ésta) no es indicativo de la existencia de una situación de control. No obstante, con la transformación de las cajas de ahorros que han mantenido el control de las entidades de crédito a favor segregaron su negocio finan-

entre las fundaciones y sus sociedades controladas que reflejan, a su vez, la distinta orientación de la actividad y objetivos de la fundación¹⁴⁰. Entre ambos extremos, la coincidencia absoluta de los miembros del patronato de la fundación con los miembros del Consejo de Administración de la sociedad controlada y la separación absoluta sin coincidencia alguna entre los miembros de ambos órganos de gestión, se plantean diferentes grados o niveles de separación o distancia que se conectan también con la diferente orientación de la actividad de la fundación y su situación en relación con el control de la sociedad participada¹⁴¹. Por esta razón, la imposición de uno u otro modelo a las fundaciones bancarias que, desde este punto de vista (orientación de su actividad y relación con el control de la entidad de crédito participada) pueden ser muy heterogéneas¹⁴², resulta poco satisfactorio, máxime si se toma en consideración que el fundamento de la opción legislativa no ha sido tanto conseguir un aumento de la rentabilidad de la entidad de crédito, cuanto la desconfianza y el recelo que derivan de la amarga experiencia reciente, provocada por la gestión de algunos negocios financieros a través de entidades fundacionales como las cajas de ahorros. En todo caso, es indiscutible que la constatación de los efectos positivos derivados de la separación entre los órganos de gestión de la fundación respecto a los órganos de gestión de la

ciero, surgirán supuesto de fundaciones bancarias que ostenten un porcentaje mayoritario del capital o el control de la entidad de crédito.

¹⁴⁰ El estudio citado sitúa en los extremos de la comparación, de un lado, aquellos casos en los que existe una absoluta coincidencia entre los miembros del patronato de la fundación y los miembros del Consejo de Administración de la sociedad controlada y, de otro, aquellos otros casos en los que no existe coincidencia alguna entre los miembros de una y otra entidad. En el primer caso, la fundación y la sociedad controlada forman parte de una misma organización que opera de un modo idéntico a si la sociedad fuese en sí misma una entidad no lucrativa. En el segundo caso, sin embargo, la fundación ostenta únicamente una parte del capital de la sociedad controlada y generalmente ostenta también porcentajes de participación en otras sociedades o entidades presentando, por tanto, una actividad más diversificada (*vid.* HANSMANN, H. y THOMSEN, S., «Managerial Distance...», cit., pp. 10 y ss).

¹⁴¹ En este sentido, la situación es diferente si comparamos fundaciones cuyo patrimonio está compuesto exclusivamente (o en su mayor parte) por la participación en una única sociedad de la que obtienen los recursos para el cumplimiento de sus fines sociales y que, a su vez, ostentan la totalidad (o un porcentaje muy mayoritario) del capital social de la sociedad controlada, con aquellas otras fundaciones que han diversificado sus actividades participando en diferentes sociedades con distintos porcentajes o niveles de participación en cada una de ellas.

¹⁴² Entre las fundaciones bancarias podremos distinguir aquellas que provienen de la transformación de una caja de ahorros y aquellas otras que no y, dentro del primer grupo, las que ostentan un porcentaje mayoritario del capital social o el control de la entidad de crédito y las que, por el contrario, aun teniendo porcentajes significativos del capital social (individualmente o actuando de forma concertada con otras fundaciones bancarias u ordinarias), sin embargo no forman parte del núcleo de control de la entidad de crédito.

entidad de crédito, particularmente si se proyectan sobre la rentabilidad de ésta, constituye un incentivo para promover la implantación de esta medida, aunque no creemos que estas consideraciones hayan influido en modo alguno en su fundamentación.

C) *Otros aspectos del estatuto jurídico de los miembros del patronato*

Por lo que respecta a otros aspectos del estatuto jurídico de los miembros del patronato, al margen de las cuestiones que se regulan de manera idéntica al régimen previsto para las fundaciones con carácter general a las que nos hemos referido anteriormente¹⁴³, destaca el establecimiento de un límite máximo a la duración del cargo de patrono que se aplica únicamente a los patronos designados por su condición de «*personas independientes de reconocido prestigio profesional*» en las materias relacionadas con el cumplimiento de sus fines sociales o en sectores, distintos del financiero, en los que la fundación bancaria tenga inversiones relevantes (art. 40.5 LCAFB). A este respecto, la nueva Ley no impone un límite máximo a la duración del mandato de patrono, por lo que se aplicará el régimen previsto en la normativa general de fundaciones que, a este respecto, tampoco prevé una duración determinada lo que permite interpretar que el cargo de patrono puede tener cualquier duración e, incluso, carácter indefinido o vitalicio¹⁴⁴. Sin embargo, de un lado, se encomienda a los estatutos de las fundaciones bancarias la regulación de «*los procesos de designación de los patronos y el número y duración de sus mandatos*» y, de otro, la limitación que se impone a determinados patronos, se concreta en prohibir el ejercicio del cargo «*más de dos mandatos consecutivos y, en todo caso, por un plazo superior a 12 años*», medidas ambas que parecen presuponer que el cargo de patrono ha de tener una duración determinada. En rigor, no obstante, la determinación de la duración del cargo se confía por la Ley a los estatutos de la fundación bancaria, sin imponer ninguna regla concreta por lo que, cumpliendo los límites previstos para los patronos pertenecientes al grupo señalado, cabrá cualquier regulación estatutaria de esta materia.

Por otra parte, la Ley establece el carácter irrevocable del nombramiento de los patronos que, por tanto, únicamente podrán ser removidos de sus cargos en los casos de incompatibilidad sobrevenida, pérdida de cualquiera de

¹⁴³ Cfr. *supra* apartado a), específicamente en relación con el abono de gastos y retribución de los miembros del patronato (art. 40.4 LCAFB).

¹⁴⁴ *Vid.*, entre otros, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato...*, cit., p. 164; SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», cit., p. 569; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. y MARIMÓN DURÁ, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 408; PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órgano de gobierno...», cit., p. 210.

los requisitos exigidos para la designación o acuerdo de separación acordado por el patronato si se apreciara justa causa (art. 40.5 LCAFB). La norma se refiere a la «revocación» del nombramiento, es decir, a la «remoción» o «separación» de los patronos en relación con lo cual se limita la autonomía estatutaria de la fundación en el sentido de que no podrán preverse otras causas de separación de patronos distintas a las contempladas en dicho precepto y, en particular, no podrá preverse la libre revocabilidad¹⁴⁵. Pero ello no implica que no resulten aplicables otras causas de cese o terminación del cargo de patrono contempladas en el artículo 18 LF (entre otras, muerte o declaración de fallecimiento, así como extinción de la persona jurídica; incapacidad o inhabilitación de acuerdo con lo establecido en la Ley; cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del patronato; renuncia del patrono; resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del art. 17 LF¹⁴⁶). Es decir, entendemos que la norma contenida en el artículo 40.5 LCAFB no constituye un régimen especial frente al régimen general contenido en el artículo 18 LF, sino únicamente la limitación de la autonomía estatutaria de la fundación para la previsión de causas de cese o separación de los patronos por lo que, en consecuencia, además de las causas específicamente contempladas en aquél, los patronos de las fundaciones bancarias cesarán en su cargo por las establecidas en el artículo 18.2 LF, sin que puedan preverse otras causas o motivos de separación en los estatutos de la fundación.

¹⁴⁵ Como señala la doctrina, precisamente la previsión de causas de cese o separación de los patronos es una materia especialmente propicia para que despliegue todos sus efectos la autonomía fundacional (*vid.* SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato...*, cit., p. 155; EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación...», cit., p. 267; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. y MARIMÓN DURÁ, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 460-461). No obstante, en la doctrina se ha discutido la admisibilidad de la previsión de una cláusula estatutaria que reconozca al patronato el cese anticipado de un patrono sin que concurra justa causa (*vid.*, por todos, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 169) si bien, la mayor parte de la doctrina se pronuncia a favor de su validez (*vid.*, por todos, SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», cit., p. 573 y EMBID IRUJO, J. M., *op. cit.*, pp. 271-272).

¹⁴⁶ A este respecto, el artículo 35.2 LF atribuye legitimación al protectorado para el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 17.2 y para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el artículo 18.2 d) LF. Sobre las causas de cese o separación de los patronos de una fundación *vid.*, entre otros, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato...*, cit., p. 165 y ss.; SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», cit., pp. 570 y ss.; EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación...», cit., pp. 267 y ss.; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. y MARIMÓN DURÁ, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 462 y ss.; PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órgano de gobierno...», cit., pp. 208 y ss.

4. *Reglas de actuación de las fundaciones bancarias en relación con la gestión de su participación en una entidad de crédito*

El núcleo central de las normas contenidas en la nueva Ley en relación con las fundaciones bancarias viene constituido, junto a las reglas sobre organización y funcionamiento, por las disposiciones relativas a la gestión de la participación que la fundación ostenta en el capital de una entidad de crédito. La finalidad de estas disposiciones, como indica su propia Exposición de Motivos, es la de que las fundaciones bancarias, a las que se considera «actores significativos del sistema crediticio español», actúen con «los niveles de profesionalidad, independencia, transparencia y eficiencia máximos, sin que en ningún caso se pueda poner en peligro la solvencia de las entidades en las que participan». No obstante, la propia Exposición de Motivos señala también un objetivo final o mediato de estas normas que consistiría en promover que las fundaciones bancarias reduzcan progresivamente su participación en las entidades de crédito en la perspectiva de completar el proceso de reestructuración del sistema financiero español¹⁴⁷. Es decir, según se desprende de estas afirmaciones, los redactores de la Ley consideran que el proceso de reestructuración del sistema financiero no estará concluido hasta que las fundaciones bancarias reduzcan sus porcentajes de capital en entidades de crédito.

A esos efectos se prevé un conjunto de normas de aplicación escalonada en función del porcentaje de participación ostentado por la fundación bancaria en el capital de la entidad de crédito, junto a otras medidas de gobierno corporativo y transparencia que se imponen a todas las fundaciones bancarias. En particular, por lo que respecta a aquéllas, se establecen obligaciones específicas para las fundaciones cuyo porcentaje de capital sea igual o superior al 30% o que les permita el control de la misma en aplicación de cualquiera de los criterios del artículo 42 C de C y, adicionalmente respecto a éstas, otras para aquellas cuya participación sea igual o superior al 50% del capital de la entidad de crédito o que les permita el control de ésta en los términos previstos en el artículo 42 C de C¹⁴⁸. En este último caso se prevén,

¹⁴⁷ Con ello se hace referencia a la finalidad de las normas previstas en el MoU, subapartado 23, a través del cual el Gobierno español asumió el compromiso de adoptar medidas, antes de finales de noviembre de 2012, para aclarar la función de las cajas de ahorros en su calidad de accionistas de entidades de crédito y para, en último término, «reducir su participación en las mismas hasta un nivel no mayoritario».

¹⁴⁸ La definición de los escalones de regulación prevista en la Ley resulta algo confusa y podría haberse mejorado previendo, de un lado, el conjunto de obligaciones que se imponen a las fundaciones bancarias que ostenten el control de la entidad de crédito (cuyo porcentaje de capital sea igual o superior al 50% o les permita el control en los términos del artículo 42 C de C) y, de otro lado, cuáles de dichas obligaciones deben ser también cumplidas

además, medidas relativas a la adopción del acuerdo de distribución de dividendos en la entidad de crédito en cuyo capital participe dicha fundación bancaria.

En relación con la aplicación de estas medidas, como señalábamos anteriormente, el artículo 43.2 LCAFB determina que deberá procederse al cómputo conjunto de las participaciones que pertenezcan a las fundaciones que actúen concertadamente en relación con una misma entidad de crédito, una situación que se puede plantear en diversas entidades de crédito en las que, como consecuencia de los procesos de segregación e integración de los negocios financieros de varias cajas de ahorros en algunos casos previamente vinculadas por un sistema institucional de protección, se han suscrito pactos de sindicación para el ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las participaciones ostentadas por cada una de ellas en la entidad de crédito¹⁴⁹. En este caso, las obligaciones deberán cumplirse de forma conjunta por todas las fundaciones que actúen concertadamente, lo que exigirá que previamente se pongan de acuerdo sobre el contenido de los diversos documentos que han de elaborarse y sobre el cumplimiento del resto de exigencias (protocolo de gestión, plan financiero y, en su caso, plan de diversificación de inversiones y gestión de riesgos y dotación de un fondo de reserva), así como que su aprobación se someta a los órganos de gobierno de todas ellas. El cumplimiento de algunas de las obligaciones impuestas plantea, no obstante, dudas interpretativas como tendremos ocasión de analizar posteriormente.

Las medidas previstas para las fundaciones bancarias cuyo porcentaje de capital sea igual o superior al 30% del capital de una entidad de crédito o que les permita el control de la misma en aplicación de los criterios previstos en el artículo 42 C de C, se concretan en la obligación de elaborar un protocolo de gestión de su participación y un plan financiero (arts. 43 y 44, apartados 1 y 2, LCAFB)¹⁵⁰. El protocolo de gestión deberá incorporar, al menos, los criterios básicos de carácter estratégico que rigen la gestión de la

por las fundaciones bancarias que ostenten un porcentaje igual o superior al 30% del capital sin que simultáneamente ostenten el control de la entidad.

¹⁴⁹ Al respecto, véase *supra* el apartado 3.3.a).

¹⁵⁰ La Ley únicamente contempla el supuesto de que dicho porcentaje de capital sea ostentado directamente por la entidad de crédito. Sin embargo, el artículo 32 de esta misma Ley, establece los requisitos para calificar a una fundación como bancaria, vincula dicha calificación a la tenencia de un porcentaje de capital que alcance, de forma directa o indirecta, el umbral establecido. Justamente a evitar esta diferencia se dirigía la enmienda núm. 136, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que proponía la modificación de este precepto para comprender también los supuestos en los cuales dicho porcentaje de capital se ostente por actuar en concierto con otras personas físicas o jurídicas; no obstante, la enmienda fue retirada durante el debate del Proyecto de Ley en la Comisión de Economía

participación de la fundación bancaria, las relaciones entre el patronato de la fundación y los órganos de gobierno de la entidad de crédito y los criterios generales para la realización de operaciones entre ambas¹⁵¹. Algunos aspectos del contenido del protocolo de gestión establecido en la Ley resultan técnicamente imprecisos. En este sentido, se exige que en el protocolo se hagan constar «los criterios que rigen la elección de consejeros, quienes deberán respetar los principios de honorabilidad y profesionalidad previstos en el art. 3.2 de esta Ley»; se refiere la norma a la elección de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito participada, cuyos criterios derivarán de la normativa aplicable en función de su naturaleza jurídica (usualmente, sociedades anónimas) y del régimen estatutario de la propia entidad de crédito por lo que, de un lado, parece que en el protocolo deberán hacerse constar los criterios que apruebe la fundación bancaria para la propuesta o nombramiento de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito en su representación y, de otro, resulta técnicamente poco preciso, que se exija que éstos deban cumplir los requisitos de honorabilidad y profesionalidad propios de las cajas de ahorros cuando deberían cumplir los requisitos subjetivos exigidos en atención al régimen propio de la entidad de crédito¹⁵². Por otra parte, el protocolo de gestión debe ser elaborado por la fundación bancaria «en el plazo de dos meses desde su constitución»¹⁵³ y remitido al Banco de Espa-

y Competitividad (DS del Congreso de los Diputados, núm. 450, de 30 de octubre de 2013, p. 15).

¹⁵¹ Sin perjuicio de esta formulación general, la Ley establece que el contenido mínimo del protocolo de gestión será especificado por el Banco de España (art. 43.3).

¹⁵² No obstante, esta imprecisión resulta irrelevante dado que los requisitos de honorabilidad y profesionalidad exigidos a los miembros de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros en tanto entidades de crédito son los mismos exigidos a los miembros de los órganos de administración de los bancos (el art. 3.2 LCAFB determina a este respecto que los vocales del Consejo de Administración de las cajas de ahorros, entre otros cargos, «deberán reunir los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno exigidos por la legislación aplicable a estos efectos a los miembros del órgano de administración y cargos equivalentes de los bancos»).

¹⁵³ El momento de inicio del cómputo del plazo previsto en el artículo 43.1 LCAFB es claramente cuestionable, fundamentalmente porque lo relevante para la aplicación de la obligación de elaborar un protocolo de gestión no es que la fundación se constituya como fundación bancaria (lo que en la mayor parte de los casos sucederá por transformación) sino que su participación alcance el porcentaje establecido (igual o superior al 30% o que permita el control de la entidad); es decir, el plazo debería computarse, no desde que se «constituya» la fundación bancaria sino desde que ésta ostente dicho porcentaje (que podrá ser el momento inicial de su constitución, generalmente por transformación, o un momento posterior si inicialmente la fundación ostentaba un porcentaje inferior pero, con posterioridad a ello, lo incrementa). A su vez, debería haberse contemplado igualmente la posibilidad de que el porcentaje de capital establecido se ostente por la fundación bancaria actuando en concierto con otras personas físicas o jurídicas (que no sean fundaciones bancarias u ordinarias) en los términos señalados anteriormente. El cómputo del plazo también plantea cuestiones

ña para su aprobación, organismo que lo valorará atendiendo en particular a la influencia de la fundación bancaria en la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada y aplicando los criterios establecidos en el régimen de participaciones significativas previsto en la LDIEC (art. 43.1 LCAFB).

Parece, por tanto, que la exigencia de la elaboración de un protocolo de gestión concreta y amplía las obligaciones que recaen sobre quienes pretendan adquirir una participación significativa en el capital de una entidad de crédito. A este respecto, en los artículos 57 y ss. LDIEC se establecen determinadas obligaciones en los casos de adquisición o incremento de la participación en el capital de una entidad de crédito de modo que, como resultado de ello, se superen ciertos umbrales cuantitativos, obligaciones que básicamente se refieren a la comunicación previa y solicitud de autorización al Banco de España que, a su vez, deberá examinar la propuesta sobre la base de los criterios establecidos en el artículo 58.1 LDIEC. Estos mismos criterios serán los que deberá aplicar el Banco de España al valorar el protocolo de gestión elaborado por la fundación bancaria, junto al criterio específico previsto en el artículo 43.1 LCAFB. En este contexto y frente a lo establecido en relación con la elaboración de un plan financiero, no se prevén las consecuencias específicas derivadas del incumplimiento de la obligación de elaborar un protocolo de gestión o de la no aprobación por el Banco de España del protocolo presentado por una fundación bancaria, por lo que es discutible si serán de aplicación los efectos previstos a este respecto en la LDIEC, para el caso de oposición a la operación de adquisición o aumento del porcentaje de participación en una entidad de crédito¹⁵⁴. En todo caso, la nueva normativa prevé que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones deri-

especiales en los casos en los que varias fundaciones actúen concertadamente dado que éstas deberán cumplir de manera conjunta sus obligaciones en relación con la gestión de su participación en la entidad de crédito; por ello, parece que en estos casos debería computarse a partir de la fecha de inscripción de la constitución (generalmente por transformación) de la fundación bancaria que se realice en último lugar entre todas las que actúen concertadamente.

¹⁵⁴ La LCAFB se remite a la LDIEC únicamente a efectos de la aplicación de los criterios para la valoración del protocolo de gestión y, a su vez, las medidas contempladas en el artículo 59 LDIEC se vinculan al incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 57.1 de esa misma Ley. Menor dificultad presenta, en cambio, la aplicación de la norma prevista en el artículo 62 LDIEC, en cuya virtud *«cuando existan razones fundadas y acreditadas respecto de que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Banco de España, podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas: a) Las previstas en los párrafos a) y b) del artículo 59, si bien la suspensión de los derechos de voto no podrá exceder de tres años; b) Con*

vadas del Capítulo IV de la Ley (en el que se incluyen las relativas a la gestión de la participación que la fundación ostente en una entidad de crédito) tendrá con carácter general la consideración de infracción muy grave (art. 47 LCAFB)¹⁵⁵.

Junto al protocolo de gestión, la fundación bancaria (o fundaciones bancarias que actúen concertadamente) que ostente un porcentaje de capital igual o superior al 30% del capital de una entidad de crédito o que le permita el control de la misma conforme al artículo 42 C de C, tendrá que presentar *anualmente* un plan financiero y someterlo a la aprobación del Banco de España, «en el plazo máximo de tres meses desde la constitución de la fundación bancaria»¹⁵⁶. En este plan habrá de determinarse la manera en que la fundación hará frente a las posibles necesidades de capital en que pudiera incurrir la entidad de crédito participada y los criterios básicos de su estrategia de inversión en entidades financieras¹⁵⁷. La cuestión más discutible en relación con el contenido de este plan es la relativa a la indicación de la manera en la que se hará frente a las necesidades de capital de la entidad de crédito participada dado que ésta es una decisión que, en su caso, corresponderá adoptar a la propia entidad de crédito. Se trataría, por tanto, de anticipar cuáles serían las medidas que en su caso propondría la fundación bancaria para que fuesen adoptadas por la entidad de crédito, teniendo en cuenta a este respecto que en relación con algunas de las posibles medidas, en particular, con el aumento de capital de la entidad de

carácter excepcional, la revocación de la autorización. Además, se podrán imponer las sanciones que procedan según lo previsto en el Título I de esta Ley».

¹⁵⁵ Aunque no se especifique parece que debe entenderse que se trata de infracciones muy graves en el sentido establecido en la normativa sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (art. 4 LDIEC) y que, por tanto, su comisión se sancionará en los términos establecidos en ésta (arts. 8 y ss. LDIEC). Así parece deducirse de la remisión al procedimiento sancionador previsto en la LDIEC que se contiene en el propio artículo 47 LCAFB.

¹⁵⁶ Sobre las cuestiones que plantea la fórmula utilizada en la Ley para determinar la fecha de inicio del cómputo del plazo, véase este mismo apartado *supra*. En relación con la elaboración y presentación a aprobación del Banco de España del plan financiero se plantea, no obstante, una cuestión adicional. Como hemos señalado, la Ley establece, de un lado, que el plan financiero deberá presentarse «anualmente» al Banco de España y, de otro, que deberá hacerse en el plazo de tres meses desde su constitución. Obviamente ha de entenderse que esta última exigencia va referida al primer plan financiero que ha de presentar la fundación bancaria; a partir de ello, es cuestionable si la fundación deberá presentar un nuevo plan tras el vencimiento del plazo de un año desde que se presentó el plan anterior o al inicio/finalización de cada ejercicio económico así como en los casos en los que no se introduzcan modificaciones, cabrá simplemente solicitar la ratificación del plan presentado el año anterior.

¹⁵⁷ El contenido mínimo del plan financiero será establecido por el Banco de España y deberá contemplar, al menos, los extremos señalados en el artículo 44.4 de la Ley.

crédito, se imponen limitaciones en función del volumen de participación que ostente la fundación bancaria¹⁵⁸. Y ello al margen de los problemas que el cumplimiento de esta medida puede plantear en los casos de actuación concertada de varias fundaciones bancarias¹⁵⁹.

Por su parte, en el caso de fundaciones bancarias cuya participación sea igual o superior al 50% del capital de una entidad de crédito, o que le permita el control de ésta por aplicación de cualquiera de los criterios establecidos en el artículo 42 C de C, el plan financiero deberá venir acompañado de un plan de diversificación de inversiones y de gestión de riesgos y de la dotación de un fondo de reserva, así como de cualesquiera otras medidas que el Banco de España considere necesaria para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad participada y su capacidad para cumplir las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables (art. 44.3 LCAFB). El plan de diversificación persigue evitar, fundamentalmente, que la fundación pueda presentar una excesiva concentración de riesgo para lo cual se confía al Banco de España la fijación, según los criterios que contempla la propia Ley, de los porcentajes máximos del patrimonio de la fundación que ésta podrá invertir en activos emitidos por una misma entidad. En la medida en que el patrimonio de estas fundaciones venga constituido fundamentalmente por la participación que ostente en el capital de la entidad de crédito, parece una previsión razonable que trata de evitar que, en la búsqueda de rentabilidad, estas fundaciones puedan asumir riesgos excesivos, sin perjuicio de que ello poco tenga que ver con la gestión, solvencia y asunción de riesgos por parte de la entidad de crédito participada¹⁶⁰.

La constitución de un fondo de reserva plantea, en cambio, importantes inconvenientes. Del tenor literal final de la Ley se deduce que el fon-

¹⁵⁸ Sobre esta cuestión véase este mismo apartado *infra*.

¹⁵⁹ En este caso deberá elaborarse un único plan financiero que parece que deberá contener la manera en que las fundaciones harán frente a las posibles necesidades de capital (que no tendrá por qué ser la misma en todos los casos) y los criterios básicos de su estrategia de inversión en entidades financieras (que tampoco tendrá por qué coincidir en todas las fundaciones que actúen concertadamente).

¹⁶⁰ De nuevo el tratamiento conjunto de las fundaciones que actúen concertadamente plantea aquí dudas interpretativas. Así, el plan de diversificación de inversiones y gestión de riesgos deberá elaborarse conjuntamente por todas las fundaciones bancarias (y adjuntarse como anexo al plan financiero) pero no se especifica si los compromisos deben ser asumidos conjuntamente por todas las fundaciones o se ha de tratar de compromisos individuales, ni tampoco si en relación con la aplicación de los porcentajes máximos sobre el patrimonio total habrá de tomarse en consideración el patrimonio total conjunto de todas las fundaciones bancarias que actúen de manera concertada o el patrimonio total de cada una de ellas separadamente.

do de reserva debería constituirse en el seno de la fundación bancaria accionista así como que esta exigencia persigue, no solo mejorar la financiación de la entidad de crédito en situaciones de dificultad, sino también promover que las fundaciones reduzcan su porcentaje de participación en el capital de las entidades bancarias¹⁶¹. Sin embargo, la creación de este fondo de reserva resulta ciertamente problemática por diferentes motivos. Ante todo, supone dispensar un tratamiento claramente discriminatorio a ciertos accionistas de entidades de crédito frente al que le se dispensa con carácter general al resto. Las entidades de crédito están sometidas al cumplimiento de rigurosas normas de solvencia con independencia de cuál sea la composición de su accionariado, normas que obviamente también tendrán que cumplir las entidades de crédito controladas por fundaciones bancarias. Por ello es discutible que, en relación con éstas, deban complementarse las normas de solvencia. A su vez, tampoco es claro cómo debería disponer la fundación bancaria del fondo de reserva para dotar de recursos propios a la entidad de crédito cuya solvencia se vea amenazada, particularmente si tenemos en cuenta las restricciones que se establecen para la participación de estas fundaciones en el aumento del capital social de la entidad (disposición adicional octava LCAFB) así como que el objetivo final de las normas especiales que se imponen es precisamente que las fundaciones reduzcan su participación en el capital de las entidades de crédito.

Por otra parte, esa medida puede suponer, paradójicamente, un debilitamiento patrimonial de la entidad de crédito dado que la fundación bancaria, teniendo en cuenta que su principal fuente de financiación podría ser precisamente el rendimiento que obtenga de su participación en el capital de la entidad de crédito, se verá incentivada a ejercer su influencia en la entidad de crédito en orden a obtener el máximo de recursos posibles de ésta, que le permitan atender al cumplimiento de sus fines y a la dotación del fondo de reserva. A su vez, disminuirá los fondos que la fundación puede utilizar para el cumplimiento de sus fines (para aquellas fundaciones que sean el resultado de la transformación de una caja de ahorros, el desarrollo de la obra social y para las demás, el cumplimiento del fin de interés general para el que hayan sido constituidas) lo que reducirá el beneficio social que de ello deriva. Y finalmente plantea también la duda de cómo debería constituirse y dotarse el fondo en el supuesto de que el porcentaje de capital exigido o el

¹⁶¹ Como señalábamos anteriormente, así se recoge expresamente en la exposición de motivos que acompaña a la Ley y así se asumió entre los compromisos derivados del MoU suscrito por nuestro Gobierno (condicionalidad núm. 20).

control de la entidad de crédito sea ostentado por varias fundaciones que actúen concertadamente¹⁶².

Estos inconvenientes han fundamentado las propuestas de supresión del fondo de reserva¹⁶³ o, en su defecto, de constitución del mismo en el seno de la propia entidad de crédito y no en la de las fundaciones accionistas¹⁶⁴. En relación con ello, la nueva Ley únicamente permite prescindir de la constitución y dotación de un fondo de reserva en los casos en los que se incorpore al plan de diversificación un programa de desinversión que incluya las medidas a aplicar por la fundación (o fundaciones bancarias que actúen concertadamente) para reducir su participación en el capital de la entidad de crédito a porcentajes que no confieran su control (art. 44, apartado 3, LCAFB), lo que pone de manifiesto que la creación del fondo constituye una medida que trata de resultar incómoda para las fundaciones bancarias, cuya finalidad es no sólo atender las necesidades de recursos propios de las entidades de crédito participadas, sino también presionar a éstas para que reduzcan sus porcentajes de participación por debajo de los niveles de control.

En todo caso, la nueva Ley no contempla las consecuencias del incumplimiento de la obligación de constituir y dotar un fondo de reserva, al contrario que en relación con el plan financiero, cuya omisión o insuficiencia para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad de crédito, determina que el Banco de España pueda requerir a la fundación bancaria *«la presentación y puesta en marcha de un plan de desinversión en la entidad de crédito»* y la imposición de *«la obligación de no incrementar su participación a ni-*

¹⁶² En este caso, a tenor del artículo 43.2 LCAFB, las obligaciones deberán cumplirse de forma conjunta, lo que plantea la duda de si el fondo de reserva deberá constituirse en una de las fundaciones, en varias o en todas ellas y en su caso como se articularía su dotación. En principio, parece que el criterio más razonable sería entender que todas las fundaciones deberían constituir un fondo de reserva proporcional a su porcentaje de participación en relación con el correspondiente al resto de las fundaciones que actúen concertadamente. Ahora bien, en tanto la Ley no impone ningún criterio concreto, cabrán también otras alternativas con el límite de que todas las fundaciones deberán contribuir a la dotación del fondo.

¹⁶³ Así se proponía, por ejemplo, en la enmienda núm. 31 presentada por el Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural en el Congreso de los Diputados, o en las enmiendas núms. 19 y 61 presentadas en el Senado, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Mixto y el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya.

¹⁶⁴ En este sentido pueden verse las enmiendas núms. 4, 113 y 120 presentadas en el Congreso de los Diputados, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Vasco, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Catalán, o las enmiendas núms. 28 y 70, presentadas en el Senado respectivamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y Entesa pel Progrés de Catalunya.

veles de control» (art. 44.5 LCAFB)¹⁶⁵ o también el incumplimiento del programa de desinversión presentado como alternativa a la dotación de un fondo de reserva (art. 44.3 LCAFB)¹⁶⁶. No obstante, como señalábamos anteriormente y en la medida en que esta medida se prevé dentro del Capítulo IV de la Ley, entrará en juego el régimen sancionador contemplado en su artículo 47 en cuya virtud, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones incluidas en dicho Capítulo será considerado como infracción muy grave, entendemos, que de las previstas en el artículo 4 de la LDIEC.

Las normas sobre gestión de la participación en la entidad de crédito también comprenden los límites que se imponen a la participación de las fundaciones bancarias en aumentos de capital. A este respecto, el límite se impone a las fundaciones bancarias que ostenten un porcentaje de capital igual o superior al 50% o que les permita el control de la entidad de crédito en los términos previstos en el artículo 42 C. de Co., y consiste en la prohibición de ejercicio de *«los derechos políticos correspondientes a aquella parte del capital adquirido que les permita mantener una posición igual o superior al 50% o de control»*, sin perjuicio de la posibilidad de autorización por el Banco de España en los casos en los que la entidad de crédito se encuentre en alguno de los procesos de actuación temprana, reestructuración o resolución previstos en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre (disposición adicional octava LCAFB). La formulación del límite, que se ha suavizado notablemente respecto a su previsión original¹⁶⁷, sigue resultando contradictoria con la exigencia de un fondo de reserva en la fundación destinado a cubrir las necesidades de capital que pueda presentar la entidad de crédito¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Frente a lo previsto en el Anteproyecto de Ley en el que estas posibilidades se preveían con carácter alternativo, en el texto final de la Ley se ha optado por establecer su carácter cumulativo si bien, ambas parecen excluirse recíprocamente (si se impone un plan de desinversión no parece necesario impedir que se adquiera o que no se incremente la participación a niveles de control).

¹⁶⁶ En este sentido, el incumplimiento del programa de desinversión autoriza al Banco de España para exigir a la fundación bancaria la presentación, en el plazo máximo de veinte días, de una modificación del plan financiero que incluya la constitución de un fondo de reserva, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre infracciones y sanciones previstas en el artículo 47 LCAFB.

¹⁶⁷ La disposición adicional quinta del Anteproyecto de Ley, establecía una prohibición de adquirir acciones del capital social de la entidad de crédito controlada de forma que les permitiese incrementar el porcentaje de participación en el capital que tuviesen al tiempo de entrada en vigor de la Ley, que posteriormente se matizó en el Proyecto de Ley admitiendo su excepción por el Banco de España en determinados supuestos (disposición adicional octava).

¹⁶⁸ En todo caso, según el tenor literal de la norma, la prohibición afecta exclusivamente a los derechos políticos derivados de las acciones adquiridas por las fundaciones bancarias

Finalmente, como medida también dirigida a evitar una despatrimonialización de la entidad de crédito, se refuerzan los requisitos para la adopción del acuerdo de distribución de dividendos en las entidades de crédito controladas por una fundación bancaria (disposición adicional décima LCAFB). También esta medida se ha suavizado y se ha limitado a los casos en los que la fundación bancaria ostente un porcentaje igual o superior al 50% del capital de la entidad de crédito o su control en los términos previstos en el artículo 42 C de C. El reforzamiento de los requisitos consiste en la exigencia de un quórum especial para la constitución de la Junta General y de una mayoría reforzada de, al menos, dos tercios del capital presente o representado en la junta para la adopción del acuerdo¹⁶⁹. Por lo que respecta al *quórum* de constitución, esta exigencia tendrá una escasísima repercusión dado que resulta aplicable fundamentalmente en los casos en los que la fundación bancaria ostente un porcentaje del 50% del capital de la entidad de crédito¹⁷⁰. En cambio, la mayoría exigida sí puede plantear problemas y merece, por ello, una valoración diferente¹⁷¹. En este sentido, la fijación de una mayoría elevada e independiente del porcentaje de participación a la reunión, en tanto dificulta la adopción del acuerdo de distribución de beneficios, podría desincentivar la inversión en la entidad de crédito sin que, por otra parte, se ma-

como consecuencia de su participación en un aumento de capital de la entidad de crédito participada y no se refiere, por tanto, a los derechos políticos de las participaciones que ya ostenten las fundaciones bancarias en el momento de entrada en vigor de la Ley ni tampoco a los que deriven de acciones adquiridas al margen de un proceso de aumento de capital.

¹⁶⁹ En concreto, la disposición adicional décima LCAFB determina que los acuerdos de distribución de beneficios en estos casos «*estarán sujetos al quórum de constitución reforzado establecido en el art. 194*» LSC y «*deberán adoptarse por mayoría de, al menos, dos tercios del capital presente o representado en la junta*».

¹⁷⁰ El artículo 194 LSC establece un *quorum* reforzado de constitución consistente en la concurrencia de accionistas presentes o representados que, en primera convocatoria, posean al menos el 50% del capital social con derecho a voto y, en segunda, únicamente el 25%. En los casos en los que la norma resulta aplicable, probablemente el *quorum* exigido en primera convocatoria probablemente pueda alcanzarse con la única asistencia de la fundación bancaria a la reunión de la Junta General.

¹⁷¹ La propia disposición adicional décima LCAFB autoriza a que esta mayoría pueda reforzarse en los estatutos sociales de la entidad participada, no sabemos si fruto de una ironía del legislador dado que, al margen de que esta posibilidad ya existe con carácter general para todas las Sociedades Anónimas (y, por tanto, también para las sociedades anónimas bancarias en cuyo capital participen fundaciones bancarias), no parece que en los casos contemplados por la norma (en los que la fundación bancaria ostenta un porcentaje de capital superior al 50% del total o suficiente para atribuirle el control de la entidad), la fundación bancaria que ostenta el control de la entidad de crédito vaya a hacer valer su influencia para dificultar todavía más la adopción del acuerdo de distribución de dividendos que, en la generalidad de los casos, será la principal sino la única fuente de recursos para la propia fundación.

nifieste como una medida estrictamente necesaria para preservar la solvencia de la entidad de crédito, particularmente si tomamos en consideración las facultades que tiene atribuidas el Banco de España para el control y supervisión de la política de dividendos de las entidades de crédito¹⁷².

Bibliografía

- ARAGÓN MEDINA, J., BEDIA PÉREZ, P., MARTÍNEZ LÓPEZ, J. M.^a y MORENO BAQUERO, C., *El papel de las cajas de ahorros en la promoción del tejido productivo y la cohesión social*, Madrid, 2005.
- ARAGÓN REYES, M., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El régimen jurídico de las cajas de ahorros*, Madrid, 1991.
- ARIÑO, G., «Sobre la semejanza de las cajas españolas a las italianas en su proceso de reforma», *Cuadernos de información económica*, núm. 228, mayo-junio 2012.
- ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros. Juicio al Banco de España*, Pamplona, 2013.
- BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado de fundaciones*, Barcelona, 2007.
- CABRA DE LUNA, M. A. y FRAGUAS GARRIDO, B., *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas?: una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Madrid, 2005.
- CALS I GÜELL, J., *El éxito de las cajas de ahorros. Historia reciente, estrategia competitiva y gobierno*, Barcelona, 2005.
- CASARES MARCOS, A. B., *Cajas de ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, 2003.
- *La historia de las cajas de ahorros: origen y evolución*, León, 2000.
- CASTELLÓ MUÑOZ, E., *El liderazgo social de las cajas de ahorros*, Madrid, 2005.
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORROS, *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Cajas de ahorros y Fundaciones Bancarias*, Febrero 2013.

¹⁷² Aun cuando el porcentaje finalmente exigido se concreta en los dos tercios de los accionistas presentes o representados frente a la mayoría de tres cuartos prevista en el Anteproyecto, mantienen su vigencia las observaciones que en este aspecto realizó en su Informe el Consejo de Estado que, además de señalar que esta medida penalizaría a los accionistas minoritarios desincentivando la inversión futura así como el riesgo de que pudiera ser utilizada por inversores «activistas» (que persiguen obtener rentabilidad económica a través de la influencia en la adopción de decisiones en la entidad), hace referencia a los mecanismos de que dispone el Banco de España para supervisar y controlar la política de dividendos de las entidades de crédito (art. 43 Ley de ordenación bancaria de 31 de diciembre de 1946, el art. 76 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades de crédito o la norma 118.^a de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España).

- DE GUINDOS, L., MARTINEZ-PUJALTE, V. y SEVILLA, J. (dirs.), *Pasado, presente y futuro de las cajas de ahorros*, Pamplona, 2009.
- DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L. y SANJURJO, T. (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Pamplona, 2010.
- EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros», *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pp. 13 a 36.
- «Gobierno de la fundación (artículos 14 a 18)», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios...*, cit., pp. 227 a 276.
- «Funcionamiento y actividad de la fundación (artículos 23 a 27)», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios...*, cit., pp. 357 y ss.
- GARCÍA-ANDARADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance de la Ley de fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 9-64.
- GONZÁLEZ CUETO, T., «Concepto de fundación», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 135 a 178.
- GONZÁLEZ MORENO, J. M., *Naturaleza y régimen jurídico de las cajas de ahorros*, Madrid, 1983.
- HANSMANN, H. y THOMSEN, S., «Managerial Distance and Virtual Ownership: The Governance of Industrial Foundations», *ECGI Finance Working Paper* núm. 372, julio de 2013.
- HIDALGO ROMERO, R., «Hacia la desaparición de las cajas de ahorros: la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2012.
- HIDALGO ROMERO, R. y PIAZZA DOBARGNES, L., «Consideraciones preliminares sobre la regulación proyectada de las fundaciones bancarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012, pp. 27-36.
- HIDALGO ROMERO, R. y PINEDA MARTINEZ, A., «Consideraciones sobre la posibilidad de ejercicio indirecto de la actividad de Monte de Piedad por una Caja de Ahorros a través de un Banco», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012.
- IGLESIAS PIE, M. y VERNIS, A., «Una aproximación a las fundaciones de empresas», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 859-904.
- LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, Madrid, 2009.
- MARDOMINGO COZAS, J. y SÁNCHEZ MONJO, M., «La transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial», *RDMV*, núm. 12, 2013, pp. 169-184.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Fundación, sociedad mercantil y actividad empresarial (Algunas consideraciones al hilo de la RDGRN de 26 de noviembre de 1996)», *RdS*, núm. 10, 1998, pp. 318-338.

- MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, Madrid, 2005.
- OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008.
- PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órganos de gobierno y relaciones con los poderes públicos», en DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L. y SANJURJO, T., *Tratado...*, cit., pp. 195-252.
- PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones: tensiones legislativas e interés general*, Pamplona, 2008.
- POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Las fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales: planificación de actividades y comunicación*, Madrid, 2010.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *Las fundaciones bancarias: de cajas de ahorros a sociedades de capital: la experiencia italiana*, Granada, 2003.
- *El reparto de competencias en materia financiera en la doctrina del Tribunal Constitucional: especial consideración a las cajas de ahorros*, Pamplona, 2008.
- SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de la fundación*, Pamplona, 1997.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «De nuevo y hasta cuándo, ¿qué son las cajas de ahorros? (Comentario a la STS de 17 de enero de 2006)», *RDBB*, núm. 103, 2006, pp. 281-299.
- «Anteproyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias», *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 324-325.
- SCARAMUZZI, F., «Las fundaciones en el sector bancario italiano», *Boletín económico del ICE*, núm. 2768, del 27 de enero al 2 de febrero de 2003, pp. 17-20.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Pamplona, 2010.
- SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 507-585.
- UREÑA SALCEDO, J. A., *La influencia pública en las cajas de ahorros*, Madrid, 2005.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969.
- VICENT CHULIÁ, F., «Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria, como derecho paraconcursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 13, 2010, pp. 27 y ss.
- VV.AA., *Asociaciones y Fundaciones*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2005.
- VV.AA., *Tendencias legislativas y tercer sector. Los modelos español e italiano*, Santiago de Compostela, 2005.