



Documento de trabajo

SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

LAS FUNDACIONES BANCARIAS: PROBLEMAS PRÁCTICOS DE SU SUPERVISIÓN

María Lidón Lara-Ortiz

SPCS Documento de trabajo 2014/14

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

María Lidón Lara Ortiz

mlara@uji.es

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca
Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Pilar Domínguez Martínez

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaita

Secretaria: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Nuria Legazpe Moraleja

Avda. de los Alfares, 44

16.071–CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

LAS FUNDACIONES BANCARIAS: PROBLEMAS PRÁCTICOS DE SU SUPERVISIÓN

María Lidón Lara-Ortiz¹

Profesora Asociada de Derecho Administrativo, Universitat Jaume I

RESUMEN

La Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias recoge el régimen jurídico de las cajas de ahorros, crea la figura de las fundaciones bancarias, y establece un régimen de supervisión especial para estas últimas. La reforma introducida por esta ley pretende garantizar mayor transparencia en la gestión efectuada por el gobierno corporativo de ambas figuras, y resolver los problemas de supervisión que se habían puesto de manifiesto en los últimos años en relación con las cajas de ahorros de gran tamaño, y con esta finalidad, hace un tratamiento diferente del régimen jurídico de cajas de ahorros y de fundaciones bancarias, valorándose, a tales efectos, la importancia sistémica de las entidades. Cuando las cajas de ahorros superan ciertos límites, la norma impone su transformación en fundación bancaria, de modo que, quedan acogidas a un régimen especial de supervisión por parte del Banco de España. Con la regulación actual, este régimen puede generar ciertos problemas prácticos porque los mecanismos de control previstos por la ley no consiguen la transparencia plena de su gestión, y las competencias de los supervisores no son adecuadas y suficientes en todos los casos.

Palabras clave: Supervisión, fundaciones bancarias, cajas de ahorros, transparencia, gobierno corporativo, Banco de España.

Indicadores JEL: K20 y K23.

¹ mlara@uji.es

ABSTRACT

The 26/2013 Act, of Savings Bank and Banking Foundations, given on the 27th December, includes the legal framework for savings banks, creates the banking foundations, and establishes a special supervisory regime for these ones. The reform introduced by this law seeks to ensure greater transparency in the management by the corporate governance of both figures, and solve supervision problems that had become apparent in recent years in relation to the huge savings banks, and this purpose, makes a different treatment of the legal regime of saving banks and banking foundations, for such purposes, the Act assesses, the systemic importance of institutions. When the saving banks exceed the legal limits, the rules impose processing in banking foundation, that are clamped by a special scheme of supervision by the Bank of Spain. With the current regulation, this scheme may create some practical problems because the control mechanisms provided by the law do not achieve the full transparency on the management of the banking foundations, and supervisory competencies are not adequate and sufficient in all cases.

Key words: Supervision, banking, savings banks, transparency, corporate governance, Bank of Spain.

JEL-codes: K20 y K23.

1. FINALIDAD DE LA LEY 26/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE CAJAS DE AHORROS Y FUNDACIONES BANCARIAS

La Ley 26/2013 de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias (en adelante, LCAFB) completa el panorama normativo que en los últimos años ha aumentado con profusión la regulación de las entidades de crédito y de su actividad, tratando de controlar y dar soluciones a los problemas que, en el marco de la crisis económica iniciada en el año 2007, han afectado especialmente a las entidades de crédito, y más concretamente a las cajas de ahorros; esta norma recoge el régimen jurídico de las cajas de ahorros y el de las fundaciones bancarias, figura jurídica que

crea la ley siguiendo el modelo italiano introducido en 1990 por la Legge Amato-Carli², y pretende regularlas con vocación de permanencia, tal y como declara en su preámbulo³. Un primer paso hacia este modelo ya se había dado anteriormente en nuestro ordenamiento jurídico, con el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros -que con la LCAFB se deroga casi en su totalidad-, pues introdujo la figura de las cajas de ahorros de ejercicio indirecto, que cristaliza, con la nueva ley, en la figura de las fundaciones bancarias. De este modo, la reforma normativa de 2010 puede considerarse como la primera fase de la reforma del régimen jurídico de las cajas de ahorros.

Con el ejercicio indirecto de la actividad de crédito, en que la mayoría de las cajas existentes a la entrada en vigor de la LCAFB se encontraban, se pretendía resolver ciertos problemas referentes a la supervisión de las mismas y que se habían puesto de manifiesto en los años anteriores. Realmente, el cambio de ejercicio directo de la actividad de crédito, por una caja de ahorros (con forma jurídica de carácter fundacional, respecto a la que la respectiva Comunidad Autónoma tenía amplias competencias de supervisión) al ejercicio indirecto de la actividad de crédito a través de una entidad bancaria (con forma de sociedad anónima, respecto a las que las competencias de supervisión correspondían exclusivamente al Estado en relación con el banco propiedad en todo o parte de la caja de ahorros), suponía, entre otras cosas, la recuperación de las competencias supervisoras para el Estado, respecto al ejercicio de la actividad de crédito realizado por las mismas, aunque de forma indirecta.

La figura de las fundaciones bancarias también implica el ejercicio indirecto de la actividad de crédito, pues con esta construcción jurídica, la fundación bancaria tan sólo es la propietaria de todo o parte de la entidad de crédito (banco, con forma de sociedad anónima), siendo esta última la que desarrolla la actividad y es supervisada de

² SCARAMUZZI, F. (2003), “Las Fundaciones en el sector bancario italiano”, en Boletín Económico de ICE N° 2756, recuperado el 18 de febrero de 2014 de: http://www.revistasice.info/cachepdf/BICE_2756_1720__E090A1EABF69CD9708CD3F71F2038EE2.pdf

³ Preámbulo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas y fundaciones bancarias, en número I, in fine, dispone que la Ley pretende establecer “un nuevo régimen que venga a conjugar los valores clásicos de las cajas de ahorros (...), carácter social y arraigo territorial, con las lecciones que los históricos acontecimientos recientes han puesto de manifiesto”.

acuerdo con las reglas generales⁴. Además se impone otro régimen de supervisión para la fundación bancaria en cuanto a entidad titular de la de crédito.

Para someter a este régimen de supervisión especial previsto para las fundaciones bancarias, a las anteriores cajas de ahorros que participan en la titularidad de entidades bancarias o cuyas dimensiones o ámbito de actuación se han desarrollado por encima de los límites legales, la LCAFB impone la obligación de transformarse en fundación bancaria a las cajas de ahorros que se encontraban ejerciendo de forma indirecta la actividad de crédito (bien a través de un banco de su propiedad o en cuya titularidad eran partícipes, bien por haberse integrado en un sistema institucional de protección), regulando además, otros supuestos de transformación en fundación bancaria, pues también están obligadas a transformarse las entidades que siendo cajas de ahorros de ejercicio directo superen los límites legales⁵, y regulando también, la obligación de transformarse en fundación bancaria de aquellas fundaciones ordinarias que superasen el límite del 10% de participación en una entidad de crédito de la que fuesen en todo o en parte titulares⁶.

La necesidad de reforzar la supervisión de las antiguas cajas de ahorros se había evidenciado en los últimos años, y el mayor peligro que entrañaban las mismas y que

⁴ Fundamentalmente, hay que tener en cuenta la reciente Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que deroga las normas que hasta su entrada en vigor (28 de junio de 2014), han regulado esta materia; Son las siguientes: a) Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946. b) Ley 31/1968, de 27 de julio, de incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada. c) Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. d) Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea. e) Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. f) El apartado 2 del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. g) El apartado g) de la Disposición final decimotercera de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

⁵ De conformidad con el artículo 35 de la LCAFB deben transformarse las cajas de ahorros en las que el valor del activo total consolidado, según el último balance auditado, supere la cifra de diez mil millones de euros, o que su cuota en el mercado de depósitos de su ámbito territorial de actuación, sea superior al 35 por ciento del total de depósitos, de modo que, traspasado uno de estos límites, se considera que adquieren importancia sistémica, y deben perder su licencia bancaria, y transmitir su actividad financiera a una entidad de crédito, con obligación de transformarse en fundaciones bancarias si, al transformarse en fundación, mantiene una participación en una entidad de crédito que alcance, 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, o, en caso contrario, deben transformarse en fundación ordinaria

⁶ En relación con la figura de la fundación empresa y su implicación en actividades económicas, vid. EMBRID IRUJO, J.M. "Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español", en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, dir. MUÑOZ MACHADO, S. y PIÑAR MAÑAS, J.L. Madrid, Ed. Iustel, 2010, pp. 30 y ss.

tenía relación con la dificultad de supervisar los riesgos asumidos por ellas, tenía una estrecha relación con el desarrollo del volumen de negocio y extensión territorial de algunas cajas de ahorros producido en las últimas décadas, que las alejó de su configuración tradicional, y este hecho, unido a los defectos de supervisión de las mismas, que derivaban, entre otros motivos, de los criterios de supervisión de solvencia introducidos por Basilea I y II⁷, y de los conflictos de la delimitación competencial entre supervisores estatal y autonómico⁸ en España, conllevaba que tales problemas de supervisión, impidieran detectar y afrontar los riesgos sistémicos engendrados por las cajas, dando lugar a problemas estructurales de estabilidad financiera. De ahí que tan solo se permita que sigan operando como cajas de ahorros a aquellas entidades que teniendo esta forma jurídica no superen los límites anteriormente referidos y, en consecuencia, no alcancen importancia sistémica.

La LCAFB pretende devolver al concepto de caja de ahorros su sentido tradicional como entidad de crédito más cercana, y de reducido tamaño, y resolver algunos problemas de supervisión de las mismas, haciendo que su supervisión sea estatal cuando su desarrollo las haya convertido en entidades de importancia sistémica, que ya no se identifiquen estrictamente con las necesidades de un territorio reducido – local o autonómico-⁹, imponiendo en estos casos su transformación en fundación bancaria. En este sentido, se puede afirmar que el gran desarrollo que algunas cajas de ahorros habían alcanzado, adquiriendo con ello importancia sistémica, junto con el

⁷ Vid. Informe de Larosière (The High-level Group on financial supervision in the UE Report), de 25 de febrero de 2009, p. 20. Recuperado el 3 de diciembre de 2013 en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

En el mismo se hace referencia a las reglas vigentes del Comité de Basilea y su incidencia en la crisis, como defectos de supervisión: *“Culpar a las reglas de Basilea II de ser per se una de las principales causas de la crisis es un grave error. Estas reglas entraron en vigor en la UE el 1 de enero de 2008, mientras que en los Estados Unidos sólo serán de aplicación a partir del 1 de abril de 2010. Además, el marco de Basilea II incluye numerosas mejoras que habrían contribuido a aliviar en cierta medida la crisis en caso de haberse aplicado íntegramente a lo largo de los años precedentes.(...) No obstante, el marco de Basilea II debe ser objeto de una revisión fundamental. Dicho marco subestimó una serie de riesgos importantes, al tiempo que sobrestimó la capacidad de los bancos para gestionar dichos riesgos”*.

⁸ Han sido necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie en diversas ocasiones para clarificar las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en relación con las competencias de supervisión, disciplina y control de las entidades de crédito con forma de caja de ahorros, pudiéndose citar, entre otras, la STC 1/1982, STC 57/1983, STC 42/1983, STC 91/1984, STC 96/1984, STC 125/1984, STC 144/1985, STC 48/1988, STC 49/1988, STC 235/1999, STC 86/1989, STC 149/1991, STC 134/1992, STC 178/1992, STC 135/1992, STC 87/1993, STC 155/1993, STC 204/1993, STC 386/93, STC 96/1996, STC 155/1996, STC 10/2005, STC 118/2011, STC 138/2011, STC 139/2011, STC 182/2013.

⁹ ARIÑO ORTIZ, G., 2010, *La necesaria reforma de las Cajas de Ahorros*, Ed. Civitas, Navarra, pp. 105.

hecho de que las competencias respecto a sus supervisión estuviesen dispersas y, en algunos casos, poco claras, generó una situación en la que los riesgos asumidos por las mismas no estaban bien controlados hasta el punto de que la mala situación patrimonial de algunas de ellas, hizo necesario el apoyo financiero público. Realmente se puede afirmar que, esos problemas de supervisión, lo fueron en gran medida del control de los riesgos asumidos, puesto que, las funciones supervisoras son esencialmente funciones de control de riesgos¹⁰.

Otra de las finalidades de la LCAFB, que tiene una vinculación muy estrecha con los problemas de supervisión a los que nos hemos referido, y con el rescate público realizado, es dar cumplimiento a uno de los compromisos asumidos por España en el Memorando de Entendimiento (MoU), en el que, se impone como condición de política sectorial financiera, la clarificación del papel de las cajas de ahorros en su calidad de accionistas de las entidades de crédito con vistas a una eventual reducción de su participación a niveles no mayoritarios, y la proposición de medidas para consolidar las normas sobre idoneidad de los órganos rectores de las cajas de ahorros e introducir requisitos de incompatibilidad para los órganos rectores de las antiguas cajas de ahorros y bancos comerciales bajo su control¹¹. La LCAFB cumple ambos compromisos estableciendo un régimen jurídico de carácter básico para las cajas de ahorros y otro para las fundaciones bancarias, y estableciendo un régimen de incompatibilidades más estricto que el previsto en la regulación anterior de cajas de ahorro, estableciendo además obligaciones en materia de gobierno corporativo y transparencia, y sujetando su actividad a una mayor supervisión de su solvencia.

En esencia y simplificando, la LCAFB hace un tratamiento diferente del régimen jurídico de ambos tipos de entidades, de modo que, de acuerdo con la Ley, de un lado, las cajas de ahorro son aquellas entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad benéfico-social, en las que, por su reducido tamaño, no cabe apreciar riesgo sistémico, y

¹⁰ JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Regulación bancaria y crisis financiera*, Barcelona, Ed. Atelier, 2013, p. 70.

¹¹ Vid. nº 23, punto sexto del Memorando de Entendimiento, y el puntos 18 y 20 del Anexo II del mismo, en los que se impone como condición de política sectorial financiera, la clarificación del papel de las cajas de ahorros en su calidad de accionistas de las entidades de crédito con vistas a una eventual reducción de su participación a niveles no mayoritarios, y la proposición de medidas para consolidar las normas sobre idoneidad de los órganos rectores de las cajas de ahorros e introducir requisitos de incompatibilidad para los órganos rectores de las antiguas cajas de ahorros y bancos comerciales bajo su control.

de otro lado, las fundaciones bancarias, coinciden con las anteriores en tener una forma jurídica fundacional y, por consiguiente, finalidad benéfico-social y en compartir la actividad de crédito desde el punto de vista operativo, aunque en este caso, ejerciéndolo de forma indirecta, como se desprende de su propio régimen jurídico. Precisamente por concurrir en estas últimas, la característica de mayor tamaño de importancia sistémica, se hace necesario que queden sometidas a mayores controles de solvencia y en general, de supervisión –que va en aumento de forma escalonada, según el grado de participación en la entidad que realiza la actividad de crédito-, limitando, por el mismo motivo, la participación de intereses representativos de las cajas que eran propietarias de las mismas.

La reforma del régimen jurídico de las cajas de ahorros y la creación de la figura de las fundaciones bancarias, para mejorar el control del riesgo sistémico en cuanto a las entidades de carácter fundacional que desarrollan la actividad de crédito, y dar respuesta a los compromisos asumidos por España en el MoU son las finalidades perseguidas por la reforma. A pesar de que este último fin se ha cumplido¹², el control de los riesgos todavía no es perfecto, puesto que, la regulación de las fundaciones bancarias contenida en la LCAFB, puede generar ciertos problemas de supervisión que pasamos a analizar.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS: PROBLEMAS DE SUPERVISIÓN

2.1. Mecanismos de control de los órganos de gobierno de las fundaciones bancarias

De entrada, los artículos 37 y ss. de la LCAFB, recogen para las fundaciones bancarias, una organización interna semejante al de las fundaciones ordinarias, ya que

¹² El Dictamen del Banco Central Europeo de 23 de julio de 2013 sobre el Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (CON/2013/52) valoró positivamente la reforma en relación con el cumplimiento de los objetivos del MoU, indicando: “El BCE apoya la iniciativa del Gobierno de España de volver al modelo tradicional de cajas de ahorros mediante la limitación del alcance territorial y el tamaño de las cajas de ahorros, puesto que también contribuye a evitar que puedan hacerse sistémicas. En este sentido, el BCE observa que la actividad financiera de las cajas se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas. (...) El BCE apoya también el nuevo concepto jurídico de la “fundación bancaria” y su regulación por el proyecto de ley, que es congruente con las condiciones para el sector financiero acordadas en 2012 con los socios europeos y con el FMI”.

se regulan como órganos de estas: el patronato, las comisiones delegadas de éste que prevean los estatutos, el director general (que sería el equivalente al presidente de las fundaciones ordinarias) y los demás órganos delegados o apoderados del patronato que, en su caso, prevean sus estatutos de acuerdo con la normativa general de fundaciones. Pero su configuración está muy influida por la regulación de los órganos de las cajas de ahorros ya que el artículo 39 hace referencia a la composición en relación con los grupos representativos de intereses en la entidad¹³.

Al patronato, que será el máximo órgano de gobierno y representación de las fundaciones bancarias, y a quien le incumbe cumplir los fines fundacionales y administrar el patrimonio de la fundación, se le atribuye la responsabilidad del control, supervisión e informe al Banco de España. No se establece nada en relación con el cumplimiento de las obligaciones que deben corresponderle respecto al Protectorado, y que se refieren a la supervisión de la legalidad de su constitución y funcionamiento, pero teniendo en cuenta que el artículo 35 de la Ley de fundaciones de 2002 le otorga competencias en este sentido, el patronato queda también bajo la supervisión del Protectorado en ciertos aspectos¹⁴.

En relación con los mecanismos de control de los órganos de gobierno y, al igual que ocurre en las cajas de ahorros, para evitar la politización de la entidad se limita el número de patronos representantes de administraciones públicas y entidades y

¹³ Estos son, las personas o entidades fundadoras, entidades representativas de intereses colectivos en el ámbito de actuación de la fundación bancaria o de reconocido arraigo en el mismo, 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, personas independientes de reconocido prestigio profesional en las materias relacionadas con el cumplimiento de los fines sociales de la fundación bancaria, o en los sectores, distintos del financiero, en los que la fundación bancaria tenga inversiones relevantes, personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera.

¹⁴ El artículo 35 de la Ley 50/2002, de Fundaciones regula las funciones del Protectorado que se centran en la observancia de la legalidad en la constitución y funcionamiento de la entidad (en términos similares a lo previsto en el artículo 45 LCAFB), y entre ellas, por afectar a su labor de supervisión de la actividad de la fundación bancaria, debemos destacar: velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general (artículo 35.1.e), verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial realizado en las condiciones que reglamentariamente se determine (artículo 35.1.e), ejercitar, en su caso, la acción de responsabilidad por los actos relacionados en el artículo 17.2 y para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el párrafo d) del artículo 18.2 e impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación (artículo 35.2). Además cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la fundación interesada (artículo 35.3).

corporaciones de derecho público, de modo que los mismos no podrán superar el 25 por ciento del total. Esta limitación aunque aproxima su régimen jurídico al de las cajas de ahorros –la misma regla contiene para estas el artículo 4.3.b) de la LCAFB-, a simple vista, parece tener menos razón de ser en relación con las fundaciones bancarias que en las cajas de ahorros, si se tiene en cuenta que la fundación bancaria ya no realiza directamente la actividad de crédito, y que realmente, en gran medida, se va a limitar a decidir cómo aplicar los beneficios obtenidos por su participación en la entidad bancaria que realiza esa actividad de crédito, destinándolos a su función social¹⁵, aunque profundizando veremos, que sigue siendo necesaria, porque, como comprobaremos, subsiste la posibilidad de cierta comunicación patrimonial.

La aplicación de beneficios también se limita (de acuerdo con la Disposición Adicional Décima en relación con artículo 44.3 LCAFB). De modo que, los acuerdos de reparto de dividendos en las entidades de crédito controladas por una fundación bancaria –con participación en la entidad de crédito igual o superior al 50 por ciento en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma en los términos del artículo 42 del Código de Comercio-, estarán sujetos al quórum de constitución reforzado establecido en el artículo 194 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), y deberán adoptarse por mayoría de, al menos, dos tercios del capital presente o representado en la junta, pudiendo, además, los estatutos de la entidad participada, elevar esta mayoría.

2.1.1. *El régimen de incompatibilidades*

Uno de los mecanismos de control de los órganos de gobierno que reviste mayor importancia, al igual que ocurre en las cajas de ahorros, es la observancia del régimen de incompatibilidades previsto por la ley. Hay que destacar que, a la vista de los problemas puestos de manifiesto en los últimos años en relación con la gestión de las cajas de ahorros, para estas, el establecimiento de un régimen de incompatibilidades reforzado es una necesidad que trata de conseguir mayor transparencia, además de ser un compromiso asumido por el MoU, y también para las fundaciones bancarias, aunque para ellas, la introducción de un régimen de incompatibilidades era necesario por

¹⁵ La actividad de crédito se ha separado de la filantrópica que era la actividad que inspiraba inicialmente la actividad de las cajas de ahorros originarias, siguiendo el modelo italiano. En relación con la reforma italiana, cuyo modelo estamos siguiendo, vid. CORSETTI G., (2013), *Fondazioni bancarie: origine, evoluzione e il loro intervento nella cassa depositi e prestiti*, Ed. Università Di Pisa.

exigirlo el MoU (recordemos que, España se comprometió en “introducir requisitos de incompatibilidad para los órganos rectores de las antiguas cajas de ahorros y bancos comerciales bajo su control”).

Este régimen de incompatibilidades, aunque a simple vista es muy completo, tiene algunas fisuras que pueden frustrar esa finalidad de transparencia respecto a las fundaciones bancarias.

Para entenderlo, debemos partir de la idea de que la especialidad de los órganos de gobierno en las fundaciones bancarias respecto a las fundaciones ordinarias radica en las especiales obligaciones que se imponen a los mismos respecto a sus supervisores, tanto Banco de España como Protectorado, y algunas particularidades de su régimen jurídico que pretenden dotarles de más transparencia en pro de un mejorado gobierno corporativo. De modo similar a lo que ocurre con las cajas de ahorros, a los patronos se les exige que reúnan los requisitos de honorabilidad comercial y profesional, y que posean conocimientos y experiencia específicos para el ejercicio de sus funciones –que cuando se trate de patronos expertos en materia financiera deberán tener la misma experiencia y conocimientos que se exige en el artículo 17.2 de la LCAFB para los vocales del consejo de administración de las cajas de ahorros, ex artículo 40 de la misma ley-, y del mismo modo que ocurre con los miembros del consejo de administración de las cajas de ahorros, afectarán a los patronos las mismas causas de incompatibilidad, por la remisión al artículo 3, apartados 3 y 4 de la ley, por lo que la condición de patrono será incompatible con el de todo cargo político electo y con cualquier cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato, y con el de 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 aquellas. Tal incompatibilidad se extenderá durante los dos años siguientes a la fecha del cese de los altos cargos –tratándose de limitar, en cierto modo, el “efecto de puerta giratoria” (*revolving door*)-. Igualmente, la condición de patrono será incompatible 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. Se prevé también que en los estatutos se incluyan otros requisitos e incompatibilidades que traten de evitar los posibles conflictos de interés.

Sin embargo, comparando el régimen de incompatibilidades establecido para las cajas de ahorros y el establecido para las fundaciones bancarias, resulta llamativo el hecho de que no se regule expresamente para estas últimas, la limitación de autocontratación que regula la LCAFB para las cajas de ahorros en el artículo 12.2 al prescribir que quienes hayan ostentado la condición de miembro de un órgano de gobierno de la caja de ahorros no podrán celebrar con la misma contratos de obras, suministros, servicios o trabajos retribuidos durante un período mínimo de dos años, contados a partir del cese en el correspondiente órgano de gobierno, sin perjuicio de la continuidad de la relación laboral en el caso de los empleados de la caja designados por el grupo de representación al que se refiere el artículo 8 de la Ley.

Esta prohibición de la autocontratación, que se prevé para los miembros de los órganos de las cajas de ahorros, no se prevé para las fundaciones bancarias, y resulta llamativo porque por aplicación de la Ley, de las cajas existentes cuando la misma entró en vigor el 28 de diciembre de 2013, tan sólo dos cajas de ahorros podían continuar operando como tales (Caixa Ontinyent y Caixa Pollença), debiendo todas las demás transformarse en fundaciones bancarias en un plazo de seis meses o un año (según el supuesto de transformación en el que se encontraban)¹⁶. De este modo, parece que carece de sentido establecer una regla más reforzada de incompatibilidad para que sea aplicable tan sólo a un porcentaje mínimo de entidades (las cajas de ahorros que subsistirán a la reforma), y que además, no entrañan peligro sistémico alguno, si no se establece la misma regla para las fundaciones bancarias, ya que, de no contemplarse, como medida que incrementa la transparencia¹⁷, y quedar reforzada la incompatibilidad

¹⁶ El plazo de seis meses (o lo que reste de esos seis meses desde la concurrencia de la causa de transformación) es el plazo que recoge la LCAFB con carácter genérico, y por tanto aplicable a los siguientes supuestos de transformación: La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 no reúnan los requisitos para continuar operando como tales (DA2ª); La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 estuvieran incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial (DT1ª.2, primer párrafo); La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 estuvieran incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial durante un periodo superior a seis meses (DT1ª.2, segundo párrafo); La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 hubieran iniciado su transformación en fundación de carácter especial sin estar incursas en causa legal (DT1ª.3); La transformación de fundaciones ordinarias que superen el límite legal de participación en una entidad de crédito (Artículo 36); La transformación de fundaciones de carácter especial (DA1ª). Mientras que el plazo de un año, se contempla tan sólo para las cajas de ahorros que estuvieran ejerciendo la actividad de crédito de forma indirecta, en el número 1 de la Disposición Transitoria Primera LCAFB, que aunque tan sólo sea un supuesto, es el caso en que se encuentran más número de entidades obligadas a transformarse.

¹⁷ El incremento de la transparencia como objetivo de un mejorado gobierno corporativo no sólo es uno de los compromisos del MoU, sino que, además, es uno de los principios que garantizan el buen gobierno corporativo. Esta idea referida a los Bancos Centrales se recoge en el Informe “El buen gobierno en los

para los órganos rectores de las antiguas cajas de ahorros y bancos comerciales bajo su control, que perseguía el MoU, sus objetivos no quedan enteramente cumplidos.

La vinculación contractual regulada como causa de incompatibilidad en sede de cajas de ahorros, y que no encontramos en la regulación de las fundaciones bancarias, también se configura en las cajas, además de para quien sea miembro de un órgano de gobierno de la caja de ahorros, conforme al artículo 10.b), como causa de incompatibilidad para ser consejero general (con la excepción de vinculación laboral con la caja), y conforme al artículo 18.a), como causa de incompatibilidad para el ejercicio del cargo de vocal del consejo de administración. En este último caso, la prohibición de autocontratación que realmente supone esta causa de incompatibilidad se extiende, no solo a los vocales de los consejos de administración, sino también a sus cónyuges, ascendientes o descendientes y las sociedades en que dichas personas participen mayoritariamente en el capital, salvo que obtengan autorización expresa del Banco de España y de la Comunidad Autónoma respectiva, y a excepción de los representantes del personal, para los cuales la concesión de créditos se regirá por los convenios laborales, previo informe de la comisión de control y del Banco de España. Por su parte, las mismas incompatibilidades y limitaciones son aplicables, de acuerdo con el artículo 25 a los vocales de la comisión de control.

A pesar de que se pretende un régimen de supervisión reforzado para las fundaciones bancarias y un aumento de la transparencia de la gestión del gobierno corporativo tanto en cajas de ahorros como en la nueva figura de las fundaciones bancarias, se puede afirmar que las limitaciones de autocontratación, no quedan acogidas para las fundaciones bancarias en un régimen semejante al de las cajas de ahorros, sino que frente a la prohibición absoluta que se desprende de su configuración como incompatibilidad en relación con las cajas de ahorros, tratándose de fundaciones bancarias, y por la remisión que recoge el artículo 33 de la LCAFB, deberíamos acudir al artículo 28 de la Ley 50/2002 de Fundaciones que permite que los patronos puedan contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado.

bancos centrales” elaborado por el Central Bank Governance Group en mayo de 2009, publicado por el Banco de Pagos Internacionales, pp.140 y ss. En cuanto a la importancia del principio en relación con los operadores del mercado financiero, vid. OLCENSE SANTONJA, A. (2005), *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*, pp. 30, 62, 75, 106 y 131. Madrid, Ed. Marcial Pons.

Si lo que la LCAFB pretende es limitar la posibilidad de que los patronos realicen operaciones que pongan en peligro la buena gestión de la entidad garantizada con mayor transparencia de su actividad (que ya no es la actividad de crédito pero está vinculada con la misma en cuanto a la aplicación del resultado), y eliminar los posibles conflictos de intereses, ciertamente debería haberse acogido una regla similar a la de la incompatibilidad de los artículos 10, 18 y 25, pero respecto de los patronos, o en su caso remitirse la regulación de las incompatibilidades de los órganos de las fundaciones bancarias al artículo 28 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, pero exigiendo también autorización del Banco de España.

Tan sólo se indica en el artículo 40.3 de la LCAFB que los estatutos puedan determinar otros requisitos e incompatibilidades aplicables a los patronos, así como normas que regulen los posibles conflictos de interés, por lo que, realmente, se está dejando en manos de las propias entidades la decisión de regular o no una limitación o prohibición de la autocontratación de los patronos con la fundación bancaria, prohibición que debería recoger la ley, y que además debería imponerse, no sólo respecto de la fundación bancaria, sino también respecto de la entidad de crédito de la que esta es, en todo o parte, propietaria. Al no recogerse esta prohibición de forma expresa no se garantiza debidamente la transparencia en la gestión de estas entidades respecto a las vinculaciones contractuales que puedan existir entre los patronos y la entidad de crédito o la propia fundación bancaria, y por no establecerse como prohibición, su incumplimiento no puede ser objeto de supervisión directa por el Banco de España.

Teniendo en cuenta que, de momento, y mientras no se establezcan otras reglas sobre prohibición de autocontratación en los estatutos, en la actualidad la fundación bancaria puede contratar con los patronos si cuenta con la autorización del protectorado, y que este, puede ser la correspondiente Comunidad Autónoma (cuando su ámbito quede circunscrito a su ámbito territorial), no queda en este caso eliminado el posible conflicto de intereses cuando el patrono o patronos con los que se autocontrata son representantes en la entidad, de los intereses de la misma Comunidad Autónoma.

Para obtener un mayor grado de transparencia en el funcionamiento tanto de cajas de ahorros, como de fundaciones bancarias, la regla del régimen de incompatibilidades debería ser el mismo en estas últimas que en las primeras, a pesar de

que en las fundaciones bancarias queda limitada la incidencia de los intereses políticos en la gestión de la entidad de crédito, por ser indirecta y haberse limitado el porcentaje de representación de sus intereses.

2.1.2. Las obligaciones de gobierno corporativo

Con la finalidad de dotar de mayor transparencia la actuación de estas entidades, el artículo 48 de la Ley prevé que las fundaciones bancarias hagan público, con carácter anual, un informe de gobierno corporativo, cuyo contenido, estructura y requisitos de publicación se ajustarán a lo que disponga el Ministro de Economía y Competitividad, y que será comunicado al protectorado correspondiente, acompañando copia del documento en que conste. El informe de gobierno corporativo tendrá el contenido mínimo previsto por la ley, debiendo incluir, además de otras menciones¹⁸, conforme al artículo 48.e) y f), informe de las operaciones vinculadas, es decir, explicación de las operaciones llevadas a cabo con la entidad bancaria y otras entidades vinculadas, y de la política de conflictos de interés.

La competencia para conocer del informe anual de gobierno corporativo y, en su caso, la instrucción de expedientes y adopción de sanciones por infracciones en relación con el mismo corresponde al Protectorado (Gobierno autonómico o Ministerio de Economía, según los casos), de acuerdo con el artículo 48.1 segundo párrafo, y 48.4 LCAFB.

Se consideran infracciones en relación con el mismo la falta de elaboración o de publicación del informe anual de gobierno corporativo de las fundaciones bancarias, o la existencia en dicho informe de omisiones o datos falsos o engañosos, conforme al artículo 48.3 LCAFB.

A la vista de todo lo indicado, se aprecia la insuficiencia del control sobre el contenido del informe corporativo en el sistema actual, pues el contenido del mismo si

¹⁸ El contenido mínimo del Informe previsto por la norma incluye los órganos de gobierno: estructura, composición y funcionamiento; y determinación de la política de nombramientos, la política de inversión en la entidad bancaria con descripción del ejercicio de los derechos correspondientes a la participación accionarial durante el ejercicio, mención de otras inversiones: actuaciones y política seguida, política de remuneraciones y mecanismos para evitar que la política de remuneraciones implique la asunción de riesgos excesivos; y remuneraciones percibidas por el patronato, individual o colectivamente, y la dirección general, en su caso, operaciones vinculadas: explicación de las operaciones llevadas a cabo con la entidad bancaria y otras entidades vinculadas, política de conflictos de interés, e informe de la actividad de la obra social desarrollada.

se ha elaborado y publicado conforme a la ley, y no contiene omisiones o datos falsos o engañosos, no será controlado por el protectorado. Es decir, si a la vista de su contenido lo que se apreciase fuesen, ya no defectos de contenido, sino operaciones que revelaran una mala gestión apreciándose operaciones que implicaran excesiva asunción de riesgos, o remuneraciones u operaciones vinculadas en las que se apreciase conflicto de intereses, el Protectorado no ostenta competencias para actuar al respecto, puesto que no se le otorgan en el artículo 48 LCAFB en relación con el informe de gobierno corporativo, y además, acudiendo a su régimen de supervisión general, el artículo 45 LCAFB tan sólo lo considera supervisor de la legalidad en la constitución y funcionamiento de la entidad.

Así, si bien en cierto modo, la obligación de informar al supervisor de las operaciones vinculadas y de la política de conflictos de interés puede servir para controlar supuestos de autocontratación no prohibidos, ya que tales operaciones no se prohíben, no se considerará que su realización sea contraria a la legalidad, y por tanto, quedarán fuera del control por parte del Protectorado.

En relación con esto consideramos un defecto importante de supervisión que de dicho informe no se haya previsto su control directo por parte del Banco de España.

Precisamente, el artículo 46 LCAFB considera al Banco de España autoridad responsable de la supervisión de la entidad de crédito participada y, en particular, esa supervisión se debe realizar, valorando la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad, de conformidad con los criterios establecidos en el régimen de participaciones significativas previsto, actualmente en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. En consecuencia, se faculta al Banco de España para que, en el desarrollo de tales funciones supervisoras, realice las inspecciones y las comprobaciones que considere oportunas, y requiera a la fundación bancaria cuanta información resulte necesaria para desarrollar sus funciones.

Esto sin embargo, es difícil que, sin indicios de que se pone en peligro la gestión sana y prudente de la entidad de crédito se efectúen comprobaciones, salvo que dentro del Banco de España se elabore un protocolo rutinario de comprobación de todas las fundaciones bancarias. Ciertamente, se debería haber previsto que del informe anual de

gobierno corporativo se trasladara una copia al Banco de España, para que este pudiera ejercitar las funciones de supervisión que se prevén en el artículo 46 LCAFB, respecto de la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad, pues si en el Banco de España no se recibe copia de dicho informe, este no puede tener conocimiento de si es necesario efectuar mayores actuaciones de inspección o de comprobación, quedando incompletos, con la regulación actual los mecanismos previstos para que el Banco de España ejercite sus funciones.

Este es un defecto grave de supervisión de las fundaciones bancarias en la regulación actual, porque además, el organismo que recibe ese informe de gobierno corporativo, que es el protectorado, a la vista de las facultades que le confiere el artículo 48 LCAFB, no es competente para actuar, fuera de los casos de incumplimiento en la elaboración del informe o de defectos u omisiones de contenido, pero no tiene competencias para apreciar si existe riesgo en la gestión de la entidad de crédito por la actuación de la fundación bancaria respecto de la misma, por lo que deberían también haberse establecido mecanismos para que, vía coordinación y colaboración administrativa, se debiera trasladar el informe al Banco de España por el Protectorado.

En cierto modo, lo que debería replantearse en la regulación actual es, como superar el defecto de que el órgano competente (Banco de España) no tenga posibilidad de controlar en todos los casos el contenido del informe anual de gobierno corporativo, para salvaguardar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito que es el ámbito en el que tiene competencias, pues el órgano que recibe el informe no es el órgano competente para supervisar si la fundación bancaria está efectuando una gestión sana y prudente de la entidad de crédito.

2.2. Mecanismos de control de la participación en la entidad que realiza la actividad de crédito

La LCAFB establece un sistema de control escalonado, de modo que cuando la fundación bancaria tiene mayor participación en la entidad de crédito, mayores son las exigencias de control impuestas. Con carácter general, a todas las fundaciones bancarias les será de aplicación la normativa sobre gobierno corporativo, pero sólo a aquellas fundaciones que tengan una participación igual o superior al 30 por ciento en una

entidad de crédito o de control en la misma se le impondrá la obligación de elaborar un protocolo de gestión en el que se expongan los elementos esenciales que definan las relaciones entre ambas entidades, así como un plan financiero en el que se defina cómo podrá hacer frente la fundación bancaria a posibles necesidades de financiación que en una situación de dificultad pudiera requerir una entidad de crédito. El mayor grado de intervención de la normativa estatal, finalmente, recaerá sobre aquellas fundaciones bancarias que ostenten posiciones de control sobre una entidad de crédito o tengan una participación superior al 50 por ciento. Estas entidades deberán elaborar un plan de diversificación de sus inversiones para minimizar riesgos y constituir un fondo de reserva para garantizar la financiación de la entidad de crédito participada en situaciones de dificultades, no podrán ejercer los derechos políticos cuando participen en incrementos de capital en determinadas condiciones y la distribución de dividendos deberá ser aprobada por un quórum y una mayoría reforzados de la asamblea general¹⁹.

El mismo Preámbulo de la LCAFB, parece que entiende que esta reforma es un paso más en la reestructuración del sistema financiero, pues recoge expresamente que con este conjunto de medidas se promueve que las fundaciones bancarias reduzcan paulatinamente su participación en las entidades de crédito, a fin de que el proceso de reestructuración del sistema financiero español concluya en un período de tiempo razonable. De este modo, las fuertes medidas de supervisión y control de estas entidades pretenden tener un carácter desincentivador de la existencia de tales entidades, o al menos, de que las mismas mantengan altas cuotas de participación en la entidad que realiza la actividad de crédito²⁰.

2.2.1. *El protocolo de gestión de la participación financiera*

Las fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 30 por ciento del capital en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma por aplicar cualquiera de los criterios del artículo 42 del Código de Comercio

¹⁹ Preámbulo Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas y fundaciones bancarias, nº III.

²⁰ El Dictamen del Banco Central Europeo de 23 de julio de 2013 sobre el Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (CON/2013/52) es consciente de que se persigue esta finalidad, y que la misma da cumplimiento a uno de los objetivos del MoU, al recoger: “Hará falta tiempo para confirmar, en particular, en qué medida es eficaz la estructura de incentivos establecida en el proyecto de ley para lograr a la larga la desinversión por las fundaciones bancarias de sus participaciones de control en entidades de crédito, o, en el caso de las fundaciones bancarias que opten por mantener sus participaciones de control, en qué medida son eficaces las obligaciones reforzadas que establece el proyecto de ley para velar por la gestión sana y prudente por las fundaciones bancarias de las entidades de crédito bajo su control”.

elaborarán, de forma individual o conjunta, un protocolo de gestión de la participación financiera que regulará los criterios básicos de carácter estratégico que rigen la gestión por parte de la fundación bancaria de su participación en la entidad de crédito participada, las relaciones entre el patronato de la fundación bancaria y los órganos de gobierno de la entidad de crédito participada, refiriendo, entre otros, los criterios que rigen la elección de consejeros, quienes deberán respetar los principios de honorabilidad y profesionalidad, y los criterios generales para la realización de operaciones entre la fundación bancaria y la entidad participada y los mecanismos previstos para evitar posibles conflictos de interés.

El protocolo de gestión se centra en las cuestiones, criterios y operaciones que pueden implicar comunicación patrimonial entre la fundación bancaria y la entidad participada. Si bien, de entrada, deben incluirse los criterios para efectuar inversiones y para distribuir dividendos, la misma ley contempla que se incluyan los criterios generales para la realización de operaciones entre la fundación bancaria y la entidad participada, siendo consciente el legislador de la posible existencia de conflictos de interés en la práctica, ya que prevé la inclusión de los mecanismos para evitarlos.

La supervisión del Banco de España respecto al contenido del protocolo de gestión es sólo genérica, ya que este protocolo será elaborado por el patronato de la fundación bancaria, en el plazo de dos meses desde su constitución, y remitido al Banco de España para su aprobación en el plazo de un mes, quien lo valorará en el marco de sus competencias como autoridad responsable de la supervisión de la entidad de crédito participada y, en particular, valorando la influencia de la fundación bancaria en la gestión sana y prudente de la citada entidad, además, el Banco de España revisará, al menos anualmente, el contenido del protocolo de gestión.

La supervisión del Banco de España respecto al contenido del protocolo de gestión es genérica, porque sólo se efectúa supervisión de las reglas o protocolo por el que se rigen las operaciones entre la fundación bancaria y la entidad participada, no se controlan operaciones concretas. Tal y como se configura la supervisión del Banco de España respecto al protocolo de gestión, no existe un verdadero control sobre operaciones concretas y, teniendo en cuenta que dentro de la fundación bancaria no se ha eliminado la posibilidad de autocontratación entre patronos y fundación, si el control entre las operaciones de transmisiones patrimoniales entre fundación bancaria y entidad

de crédito no es concreta, existe cierto peligro en que la gestión de la participación en la entidad de crédito por parte de la fundación bancaria sea todo lo sana y prudente que se pretende con esta ley, pues falta más transparencia para controlar esas posibles transmisiones patrimoniales, de modo que la tarea supervisora del Banco de España, en estos casos, distará mucho de ser efectiva en la práctica por falta de competencias, ya que sólo ostenta competencias de control en abstracto que podrían materializarse en casos concretos si se promueve una inspección u otra actuación de comprobación –por aplicación del artículo 46 LCAFB-, pero que, con la configuración actual de sus competencias de control del protocolo de actuación –ex artículo 43 LCAFB-, no se puede afirmar que tenga unas competencias supervisoras directas que garanticen el control de estas operaciones en el marco de supervisión de la gestión sana y prudente de la entidad de crédito.

2.2.2. El Plan financiero

Las fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 30 por ciento del capital en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma por aplicar cualquiera de los criterios del artículo 42 del Código de Comercio, tendrán que presentar anualmente al Banco de España para su aprobación un plan financiero en el que determinen la manera en que harán frente a las posibles necesidades de capital en que pudiera incurrir la entidad en la que participan y los criterios básicos de su estrategia de inversión en entidades financieras. El plan financiero inicial deberá ser presentado al Banco de España en el plazo máximo de tres meses desde la constitución de la fundación bancaria. El Banco de España valorará el plan financiero en el marco de sus competencias como autoridad responsable de la supervisión de la entidad de crédito participada y, en particular, atendiendo a la posible influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad, de conformidad con los criterios establecidos en el régimen de participaciones significativas previsto actualmente en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

En el caso de fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 50 por ciento en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma en los términos del artículo 42 del Código de Comercio, el plan financiero deberá ir acompañado adicionalmente de un plan de diversificación de inversiones y de

gestión de riesgos, y la dotación de un fondo de reserva para hacer frente a posibles necesidades de recursos propios de la entidad de crédito participada que no puedan ser cubiertas con otros recursos y que, a juicio del Banco de España, pudieran poner en peligro el cumplimiento de sus obligaciones en materia de solvencia. El plan financiero de la fundación bancaria no requerirá la constitución del fondo de reserva siempre que se incorpore al plan de diversificación un programa de desinversión que incluya de manera detallada las medidas a implementar por la fundación para reducir su participación en la entidad de crédito por debajo del nivel señalado, en un plazo máximo de cinco años.

Esta última regla es donde se aprecia la finalidad desincentivadora de la LCAFB²¹, pues las altas participaciones en entidades de crédito se fiscalizan más, exigiéndose la dotación de un fondo de reserva para garantizar el cumplimiento de obligaciones en materia de solvencia, y no se exige la formación de este fondo si se programa la desinversión en un periodo de cinco años. En caso de incumplimiento de este programa de desinversión, el Banco de España podrá exigir a la fundación bancaria la presentación en el plazo máximo de veinte días de una modificación del plan financiero que incluirá la constitución de un fondo de reserva. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del régimen sancionador que corresponda por aplicación del artículo 47 de la LCAFB.

Además, se prevé que pueda incluirse cualquier otra medida que, a juicio del Banco de España, se considere necesaria para garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada y la capacidad de ésta de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables, y que deberá ser indicado por el Banco de España, entendemos, de forma discrecional, según las circunstancias concurrentes. La discrecionalidad del supervisor en este punto, se entiende que es una discrecionalidad técnica, de suma importancia en la actividad de supervisión financiera

²¹ Del mismo Preámbulo de la LCAFB se deduce que esta reforma es un paso más en la reestructuración del sistema financiero, pues recoge expresamente la idea de que con este conjunto de medidas se promueve que las fundaciones bancarias reduzcan paulatinamente su participación en las entidades de crédito, a fin de que el proceso de reestructuración del sistema financiero español concluya en un período de tiempo razonable. De este modo, las fuertes medidas de supervisión y control de estas entidades pretenden tener un carácter desincentivador de la existencia de tales entidades, o al menos, de que las mismas mantengan altas cuotas de participación en la entidad que realiza la actividad de crédito.

y difícil de reducir²², pero que debe venir definida, en este caso, por la finalidad de “garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada y la capacidad de ésta de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables”, prevista en la LCAFB, por lo que sólo las medidas aptas para conseguir esta finalidad serían admisibles.

Cuando la fundación bancaria no elabore el plan financiero o, a juicio del Banco de España, éste resulte insuficiente para garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada y la capacidad de ésta de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables, el propio Banco de España requerirá a la fundación bancaria la presentación y puesta en marcha de un plan de desinversión en la entidad de crédito, e impondrá la obligación de no incrementar su participación a niveles de control.

3. LA TRIPLE SUPERVISIÓN DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS

Como se ha visto, la LCAFB regula un régimen de supervisión escalonado, de modo que cuando la fundación bancaria tiene mayor participación en la entidad de crédito, mayores son las exigencias de control impuestas, pero dejando al margen el carácter progresivo de la supervisión según el nivel de participación en la entidad de crédito, lo cierto es que las fundaciones bancarias se sujetan a una triple supervisión: por un lado, la actividad de crédito desarrollada por la entidad bancaria en la que participa la fundación bancaria está supervisada de acuerdo con las reglas generales. En segundo lugar, también se somete en ciertos aspectos al régimen de control que se ejerce por el Protectorado, a quien corresponde, como antes se ha hecho referencia, velar por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las mismas. En el supuesto de fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda de una Comunidad Autónoma, el protectorado será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad, en caso contrario, el protectorado será ejercido por la correspondiente

²² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, p.245; ESTEVE PARDO J., (2009), “El encuadre de la regulación de la economía en el sistema de Derecho Público”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J., *Derecho de la regulación económica I, Fundamentos e Instituciones de la regulación*, Ed. Iustel, Madrid p. 397; y ARIÑO ORTIZ G. y GARCÍA M. (2013), *Vindicación y reforma de las Cajas de Ahorro, juicio al Banco de España*, Ed. Civitas, Madrid p.255.

Comunidad Autónoma. En tercer lugar la fundación bancaria se supervisa por el Banco de España de la forma que se acaba de exponer, y especialmente, en relación con el régimen de control de las participaciones significativas en entidades de crédito. De este modo, corresponderá al Banco de España el control del cumplimiento de las obligaciones referidas al protocolo de gestión y al plan financiero, precisamente, en lo relativo a valorar la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad.

El ejercicio de la labor de control de la participación significativa en la entidad de crédito, por parte del Banco de España, debe ajustarse a lo previsto por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que en sus artículos 16 y ss., regula el control de las participaciones significativas, entendiéndose por tales las que alcancen, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad. También tendrá la consideración de participación significativa aquella que, sin llegar al porcentaje señalado, permita ejercer una influencia notable en la entidad. Cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar 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 Banco de España podrá adoptar bien la suspensión del ejercicio de los derechos políticos, o bien, la intervención de la entidad, o la sustitución de sus administradores, y también, con carácter excepcional, la revocación de la autorización. Además se pueden imponer las sanciones previstas en la misma ley.

Hay que tener en cuenta que el artículo 23 de la Ley 10/2014 considera que se trata de “medidas”, y por tanto, como medidas de control del ejercicio de una actividad que se entiende puede afectar a la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, en el ejercicio de una función de control por parte del Banco de España²³, no se puede objetar nada, mientras que si estas medidas tuviesen carácter sancionador, encontraríamos como problema para su aplicación que el elemento subjetivo destinatario de la medida (entidad de crédito) no es aquel al que se debería sancionar, ya

²³ En relación con el control de las participaciones significativas en entidades de crédito, el artículo 23 de la Ley 10/2014 ha aumentado la competencia del Banco de España respecto a la regulación anterior contenida en el artículo 62 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, ya que antes, las medidas referidas se imponían por el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Banco de España.

que la conducta la realiza otro sujeto (entidad que participa en la de crédito, en relación con el tema que nos ocupa, la fundación bancaria).

Este último problema sí que se da claramente en la redacción del artículo 47 LCAFB, que bajo el epígrafe de “régimen sancionador”, prevé que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del capítulo IV de la LCAFB –las referentes al plan financiero y al protocolo de gestión- tenga la consideración de infracción muy grave, salvo que la actuación tenga carácter ocasional o aislado a criterio del Banco de España en cuyo caso podrá ser considerada infracción grave. Se entiende que quien incumple estas obligaciones es la fundación bancaria, pero las sanciones que se prevén por la remisión a la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito, ahora, Ley 10/2014, que deroga aquella, lo son respecto de la entidad de crédito (salvo en el caso de ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las participaciones adquiridas irregularmente), por lo que en algunos de los casos previstos como sanción, sí existe una dificultad práctica en aplicar la sanción porque el sujeto al que se refiere la sanción (entidad bancaria que realiza directamente la actividad de crédito) no es el mismo que realiza la infracción (fundación bancaria que participa en aquella).

4. CONCLUSIONES

La LCAFB crea la figura de las fundaciones bancarias y regula el régimen jurídico de estas y de las cajas de ahorro, con dos finalidades claras: por un lado, solucionar ciertos problemas de supervisión que se habían manifestado con las cajas de ahorro y, por otro, dar cumplimiento a los compromisos que España asumió en el MoU respecto a la regulación de las mismas.

Los compromisos asumidos con el MoU se puede decir que se han cumplido, a pesar de que se aprecia una fisura en cuanto al cumplimiento del compromiso de reforzar la incompatibilidad para los órganos rectores de las antiguas cajas de ahorros y bancos comerciales bajo su control, puesto que en las fundaciones bancarias que son antiguas cajas de ahorros, no se recoge como causa de incompatibilidad la vinculación contractual de los miembros del órgano de gobierno con la fundación, de modo que cabe la autocontratación con la autorización del Protectorado, y cabe también la posibilidad de que existan transmisiones patrimoniales entre la fundación bancaria y la

entidad de crédito en la que participa, abriéndose la posibilidad de que existan supuestos en los que haya conflicto de interés. La existencia o posible concurrencia de estos últimos son conocidos por el legislador, ya que se hace referencia a ello en los diversos mecanismos de control que se han adoptado, pero, no se ha eliminado por no introducirse como prohibición de autocontratación del mismo modo que se recoge para las cajas de ahorros.

Por otro lado, este posible conflicto de interés podrá ser supervisado por el Banco de España (por entender que afecta a la gestión sana y prudente de la entidad) en el caso de que conociera las operaciones concretas llevadas a cabo por la fundación bancaria tanto respecto de los patronos como respecto de la entidad de crédito participada. Pero la ley en este caso no garantiza suficientemente la transparencia necesaria para que el supervisor pueda aplicar la competencia prevista en el artículo 46 de la LCAFB, porque no recibe directamente informe de operaciones concretas, y el Protectorado que puede recibir informe de operaciones concretas como contenido del informe anual del gobierno corporativo, no es competente para actuar en caso de que las mismas impliquen detrimento de la gestión sana y prudente de la entidad de crédito, cuestión que ni siquiera entrará a valorar por no ser una objeto de su competencia.

A la vista de todo ello, se puede concluir que no queda garantizada la deseable transparencia en las actuaciones de gestión de la fundación bancaria en relación con las participaciones significativas que ostente en la entidad de crédito, todo ello a pesar de la gran reestructuración del sector financiero llevada a cabo en los últimos años, desde el año 2009, que ha culminado en cuanto a las cajas de ahorros, con la LCAFB de 2013, y que está suponiendo durante el año 2014 la transformación en fundaciones bancarias, de la mayoría de las entidades que antes fueron cajas de ahorros.

La mejora del sistema financiero, en relación con la supervisión de las fundaciones bancarias, necesita para ser efectiva que, de *lege ferenda*, se modifique el artículo 40 LCAFB, de modo que se apliquen a todos los miembros del órgano de gobierno de la fundación, todas las incompatibilidades previstas en el régimen jurídico de las cajas de ahorros, especialmente la prohibición de autocontratar -bastaría remitirse en este punto a la regla contenida para las cajas de ahorros en los artículos 10.b) y c), 12.2 LCAFB-, y que se modifique también el artículo 48 LCAFB para que al Banco de España se le deba comunicar el informe anual de gobierno corporativo en donde constan

las operaciones concretas en las que puede existir conflicto de interés entre la fundación y los patronos, y en donde constarán también las operaciones que hayan supuesto alguna comunicación patrimonial entre la fundación bancaria y la entidad de crédito en la que participa aquella, de modo que se gane en transparencia y, las competencias del Banco de España previstas en el artículo 46 de la LCAFB puedan ser efectivas en relación con estas cuestiones para verificar que realmente se está efectuando una gestión sana y prudente de la entidad participada.

En caso contrario, no será fácil que en la práctica se ejerciten con eficacia las competencias que el Banco de España tiene atribuidas para controlar que la gestión llevada a cabo por la fundación bancaria es sana y prudente, sin que sea suficiente la publicidad prevista en el artículo 48.1 LCAFB, pues no garantiza el control efectivo por parte del Banco de España de operaciones concretas que impliquen transferencia patrimonial.

REFERENCIAS

- ARIÑO ORTIZ, G. y GARCÍA, M. (2013). *Vindicación y reforma de las Cajas de Ahorro, juicio al Banco de España*. Madrid: Ed. Civitas.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2010). *La necesaria reforma de las Cajas de Ahorros*. Navarra: Ed. Civitas.
- CALVO VERGEZ, J. (2011). *Los sistemas institucionales de protección (SIPs) en el ámbito de las Cajas de Ahorros*. Navarra: Ed. Civitas.
- CARRASCOSA MORALES, A. y ALONSO UREBA, A. (2011). “El Nuevo Mapa de Cajas de Ahorros y la importancia del Buen Gobierno Corporativo”, *Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo del Instituto de Empresa*.
- CORSETTI, G. (2013). *Fondazioni bancarie: origine, evoluzione e il loro intervento nella cassa depositi e prestiti*. Pisa (Italia): Ed. Università Di Pisa.
- EMBRID IRUJO, J.M. (2010). “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español”. En S. MUÑOZ MACHADO y J.L. PIÑAR MAÑAS (Dirs.), *Anuario de Derecho de Fundaciones*. Madrid: Ed. Iustel.

- ESTEVE PARDO, J. (2009). "El encuadre de la regulación de la economía en el sistema de Derecho Público". En S. MUÑOZ MACHADO y ESTEVE PARDO, J., (Dirs.), *Derecho de la regulación económica I, Fundamentos e Instituciones de la regulación*, Madrid: Ed. Iustel.
- FRANCH I SAGUER, M. (1992). *Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de ahorros*. Madrid: Ed. Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998). *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Ed. Civitas.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. (2011). "El marco constitucional del derecho de Fundaciones". En L.M. CAZORLA PRIETO Y OTROS (Dirs.), *Fundaciones, problemas actuales y reforma legal*. Navarra: Ed. Aranzadi y Fundación María Cristina Masaveu Peterson.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2013). *Regulación bancaria y crisis financiera*. Barcelona: Ed. Atelier.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991). *Derecho Administrativo Económico II*. Madrid: Ed. La Ley.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (1989). "Reflexiones sobre la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 118, enero/abril.
- MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dirs.). (2009). *Derecho de la regulación económica I, Fundamentos e Instituciones de la regulación*. Madrid: Ed. Iustel.
- OLCENSE SANTONJA, A. (2005). *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- PEÑAS MOYANO, M.J. (2005). "La evolución de la normativa sobre cajas de ahorros en la comunidad autónoma de Castilla y León", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. de 6 de mayo.
- SALA ARQUER, J.M. (2012). "Fusiones de Cajas de Ahorro y crisis financiera" en *Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo* celebrado en Córdoba. Madrid: Ed. Iustel.

- SCARAMUZZI, F. (2003). "Las Fundaciones en el sector bancario italiano", *Boletín Económico de ICE*, núm. 2756.
- TAPIA HERMIDA, A.J. (1987). "Evolución histórica, situación y perspectivas del Derecho público bancario español". En MARTÍN RETORTILLO (dir.), *Estudios de Derecho público bancario*. Madrid: Editorial CEURA.
- TAVARES DA SILVA, S. (2012). "La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo". En *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria*, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Madrid: Ed. Iustel.
- TORIBIO DÁVILA, J.J. (2003). "Tradición y modernidad en las cajas de ahorros", *Papeles de Economía Española*, núm. 97.
- UREÑA SALCEDO J.A. (2013). "La crisis del sistema financiero y la transformación de las cajas". En S. MUÑOZ MACHADO y J.M. VEGA SERRANO (dirs.), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*. Madrid: Ed. Iustel.
- UREÑA SALCEDO, J.A. (2005). *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*. Madrid: Ed. Marcial Pons.

INFORMES y DICTÁMENES

- Dictamen del Banco Central Europeo de 23 de julio de 2013 sobre el Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (CON/2013/52).
- Dictamen del Consejo de Estado de 30 de mayo de 2013 sobre el anteproyecto de Ley de cajas y fundaciones bancarias, correspondiente al expediente nº 512/2013.
- Informe "El buen gobierno en los bancos centrales" elaborado por el Central Bank Governance Group en mayo de 2009, publicado por el Banco de Pagos Internacionales.
- Informe de Larosière (The High-level Group on financial supervision in the UE Report), de 25 de febrero de 2009.

Informe y propuestas de la Asociación Española de Fundaciones sobre el Anteproyecto de Ley de cajas de ahorro y fundaciones bancarias.

JURISPRUDENCIA

STC 1/1982,

STC 57/1983,

STC 42/1983,

STC 91/1984,

STC 96/1984,

STC 125/1984,

STC 144/1985,

STC 48/1988,

STC 49/1988,

STC 235/1999,

STC 86/1989,

STC 149/1991,

STC 134/1992,

STC 178/1992,

STC 135/1992,

STC 87/1993,

STC 155/1993,

STC 204/1993,

STC 386/93,

STC 96/1996,

STC 155/1996,

STC 10/2005,

STC 118/2011,

STC 138/2011,

STC 139/2011,

STC 182/2013.