

## LEY 26/2013, DE 27 DE DICIEMBRE DE 2013, DE CAJAS DE AHORROS Y FUNDACIONES BANCARIAS

ANTONIO SÁNCHEZ CERBÁN

Abogado\*

### Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias

*El objeto del presente artículo es comentar las principales novedades introducidas por la Ley 26/2013. El artículo pone especial énfasis en los antecedentes normativos y fácticos que han desembocado en la promulgación de esta nueva Ley así como en el nuevo concepto de fundación bancaria. Se comentan, asimismo, las principales medidas fiscales que la Ley introduce.*

### Law 26/2013 of 27 December on savings banks and banking foundations

*The purpose of this article is to describe the main reforms introduced by Law 26/2013. The article emphasizes the factual and legal precedents which have promoted the enactment of the new law as well as the new concept of banking foundation that the Law introduces. The article also describes the main tax measures set forth in the new law*

#### 1 · ANTECEDENTES DE LA REFORMA

No es nuestra intención realizar un análisis pormenorizado sobre los orígenes de las cajas de ahorros ni realizar una compilación exhaustiva de su evolución normativa, pero sí nos parece importante detenernos en ciertos antecedentes que, sin duda, explican la reforma cuyo comentario es objeto de este trabajo.

A grandes rasgos, podemos decir que el origen histórico de las cajas de ahorros en España estuvo muy ligado a obras pías y fines caritativos y que este origen filantrópico, si bien se mantuvo, fue dando paso a otro tipo de actividades más ligadas al sector financiero hasta convertirse en entidades de crédito con un volumen de depósitos superior, en algunos casos, a la de la banca tradicional en muchas áreas de nuestro territorio.

Este creciente protagonismo fue canalizado e incluso impulsado por el Real Decreto 2290/1977 de 27 de agosto que suprimió algunas de las limitaciones que hasta entonces se establecían sobre las actividades financieras de las cajas de ahorros igualando prácticamente el ámbito de sus actividades a las de la banca tradicional.

El legislador de 1977 justificaba entonces esa medida de la siguiente forma: «*La profunda reforma que el sistema financiero español exige para alcanzar un adecuado funcionamiento de nuestra economía ha sido emprendida decididamente por el Gobierno dentro de un plan coherente de disposiciones de distinto rango,*

*cuya finalidad última no es otra que la de datar al referido sistema de altos grados de libertad en su operatoria y de representatividad en sus instituciones. En esta línea de actuación reformadora, las Cajas de Ahorros no podían quedar al margen, pues no en vano suponen hoy, por el volumen de los depósitos que administran, más de un tercio del sistema crediticio privado [...]».* Sobre la liberalización de actividades de las cajas de ahorros y su equiparación de su actividad a la propia de un banco, el legislador aducía: «*[...] en cuanto a la operatoria de las Cajas de Ahorros, el presente Real Decreto, atendiendo al criterio de libertad que debe prevalecer en la organización del sistema financiero, suprime las limitaciones que hasta ahora so habían venido manteniendo, sin otra aparente justificación que un evidente deseo de tutela ante riesgos no distintos por su naturaleza a los que constituyen el ámbito obligado de toda Entidad crediticia. Alcanzado hoy por las Cajas de Ahorros un grado notable de desarrollo, parece llegado el rasante de levantar las prohibiciones referidas para que sea cada Entidad la que libremente decida la especialización a que su vocación y capacidad de gestión le conducen, sin otras limitaciones que las generales de las restantes instituciones financieras privadas [...]».*

La lectura de la exposición de motivos del Real Decreto 2290/1977 y de los motivos que movieron al legislador de entonces cobra especial interés si los comparamos con las argumentos que el legislador actual aduce en la exposición de motivos de la Ley 26/2013 para justificar la necesidad de la nueva Ley: «*[...] Hay, sin embargo, algunos aspectos novedosos en esta regulación de las cajas, que requieren alguna precisión en relación con su justificación. Por un lado, se ha previsto una restricción al tamaño de las cajas, que viene motivada por la necesidad de que en ningún*

\* Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

caso puedan alcanzar una dimensión que las haga sistémicas. Se trata, por lo tanto, de una medida que busca garantizar la estabilidad del sistema financiero. La estructura jurídica de las cajas no permite hacer frente a situaciones de crisis con la agilidad necesaria debido a las dificultades con que cuentan para atraer capitales. Por ello, es preciso evitar que las cajas tengan un tamaño excesivo y puedan poner en peligro el sistema financiero [...]»).

Estas diferencias de pareceres evidencian que el modelo de cajas de ahorros que permitió a estas competir en pie de igualdad con la banca tradicional no ha funcionado o tomó una deriva que excedió con mucho la inicialmente prevista por el legislador.

Hay varias razones inmediatas (la mayor parte de ellas vinculadas a la crisis iniciada a finales del año 2007 y de la que aún nos estamos recuperando) que podrían explicar el fracaso del sistema (pérdida de rentabilidad, sobreexposición al sector inmobiliario, sobredimensionamiento, número excesivo de sucursales, etc.). De hecho, no fueron pocas las voces que durante los primeros meses de la crisis achacaron los problemas de nuestro sistema de cajas a estas causas (que, por otra parte, eran también achacables a los bancos).

No obstante, la gravedad y persistencia de la crisis económica evidenciaron que los problemas de nuestro sistema financiero en general y de nuestro sistema de cajas en particular no eran meros problemas coyunturales asociados a la denominada crisis del ladrillo, sino problemas estructurales que, como el Banco de España concluía en su informe *Evolución y reforma de las Cajas de Ahorros*, de 21 de febrero de 2011, estaban íntimamente ligados, en el caso de las cajas de ahorros, a las peculiaridades de su naturaleza jurídica: «en primer lugar, [las cajas de ahorros] están dotadas de una estructura de gobernanza compleja y rígida, que no favorece la aplicación de las mejores prácticas internacionales de gobierno corporativo; y, en segundo lugar, tienen restricciones legales para obtener recursos propios de primera calidad por una vía que no sea la retención de beneficios».

En efecto, aunque la normativa que regulaba las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros (Ley 31/1985) era ambiciosa en cuanto a sus objetivos (su exposición de motivos hablaba de democratizar sus órganos de gobierno, conciliar esa democratización con las exigencias de una gestión eficaz, que debe cumplirse con criterios estrictamente profesionales, y establecer una normativa de acuerdo con los principios que inspira la nueva organización territorial del Estado), lo cierto es que

la estructura de gobierno de las cajas de ahorros dejaba mucho que desear. Las Comunidades Autónomas adquirieron un enorme poder en las Cajas (mucho mayor probablemente del que tenía en mente el legislador y el propio constituyente al atribuirles competencias en esta materia), lo que llevó a una excesiva politización de estas agravada por la falta de exigencia a sus consejeros y directivos de unos requisitos de experiencia y profesionalidad similares a los de los bancos. Todo esto se tradujo (salvo honrosas excepciones) en una gestión de las cajas poco independiente del poder político y menos profesional de la que hubiera sido deseable dado su peso en nuestro sistema financiero.

Ante la evidencia de estos problemas estructurales que amenazaban con quebrar la totalidad de nuestro sistema financiero, empezaron a aprobarse una serie de reales decretos que trataron de favorecer el proceso de reestructuración de las cajas de ahorros. Así, en virtud del Real Decreto-Ley 9/2009, se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) que impulsó el proceso de integraciones. Posteriormente, el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, consolidó el Sistema Institucional de Protección (SIP) que dio lugar a las conocidas popularmente como fusiones frías de cajas de ahorros. Al Real Decreto anterior le sucedió pocos meses después el Real Decreto-ley 11/2010, que ya incorpora importantes reformas en el régimen legal de las cajas, incidiendo, de hecho, en los dos principales problemas estructurales arriba comentados: por un lado, el Real Decreto-ley 11/2010 ofreció a las cajas la posibilidad de desarrollar su actividad propia de entidad de crédito a través de una entidad bancaria, permitiendo así mayores posibilidades de financiación; por otro lado, introdujo una serie de cambios destinados a mejorar la profesionalidad e independencia de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros.

El Real Decreto-ley 11/2010 puede considerarse, pues, predecesor de buena parte de las reformas que consolida la nueva Ley 26/2013, como de hecho reconoce el legislador en la exposición de motivos: «la norma da continuidad y completa el esquema de ejercicio indirecto de la actividad financiera por parte de las cajas de ahorros que previó 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».

Las medidas anteriormente descritas no evitaron que España solicitase en el verano del 2012 el rescate de su sistema financiero en virtud del cual se puso a disposición del FROB una línea de crédito

de hasta 100.000 millones de euros, de los que finalmente solo se ha dispuesto de una parte. A tal efecto, se firmó un Memorando de Entendimiento con la Comisión Europea que, entre otras, establecía como condición para el referido *«proponer medidas para reforzar las normas de 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»*.

La nueva Ley 26/2013 responde pues a dos finalidades inmediatas: por un lado, la necesidad de consolidar y recoger en un único cuerpo legal el régimen jurídico de las cajas de ahorros que había quedado un tanto disperso después de los sucesivos reales decretos que se fueron aprobando sobre la marcha en función de las circunstancias que dictaba la crisis; por otro lado, honrar el compromiso que España había asumido con sus socios europeos al solicitar el rescate de su sistema financiero.

Sin embargo, no debemos perder de vista que, a la fecha de promulgación de esta nueva Ley 26/2013, solo subsistían en España dos cajas de ahorros propiamente dichas, por lo que más allá de esa loable labor compiladora y de cumplimiento de los compromisos asumidos frente a nuestros socios, cabría preguntarse por la verdadera utilidad práctica de esta Ley. La exposición de motivos de la nueva nos da alguna pista cuando establece *«por un lado, se ha previsto una restricción al tamaño de las cajas, que viene motivada por la necesidad de que en ningún caso puedan alcanzar una dimensión que las haga sistémicas [...] es preciso evitar que las cajas tengan un tamaño excesivo y puedan poner en peligro el sistema financiero. Por otro lado, aunque relacionado con lo anterior, se ha buscado que las cajas de ahorros operen fundamentalmente en el ámbito territorial de una comunidad autónoma o en provincias limítrofes entre sí, incluyendo lógicamente en este caso las comunidades autónomas uniprovinciales, para que la función social de la entidad esté vinculada a un área geográfica con unas características, peculiaridades y necesidades comunes»*.

La sensación general, pues, que nos deja la lectura de la nueva Ley y, en particular, de su exposición de motivos es que esta no nace tanto para revolucionar el régimen legal de unas entidades como son las cajas, que han quedado muy denostadas y prácticamente extinguidas después de la crisis, como para asegurar que no vuelva a reproducirse el modelo de cajas pasado que tantos problemas nos ha causado. En definitiva, una finalidad preventiva y, por qué no decirlo, de lavado de cara que refuerce la credi-

bilidad de nuestro sistema financiero mediante la marginación de unas entidades a las que, de manera injusta o no, se han atribuido buena parte de nuestros males.

El legislador se aferra a los elementos positivos de las cajas de ahorros (que, sin duda, los ha habido, pues no debe caer en el olvido la importantísima obra social desarrollada por las cajas de ahorros) para justificar *«un nuevo régimen que venga a conjugar los valores clásicos de las cajas de ahorros ya referidos, carácter social y arraigo territorial, con las lecciones que los históricos acontecimientos recientes han puesto de manifiesto»*. La pregunta, insistimos, es si realmente surgirán nuevas cajas a la vista de esta nueva Ley y si estas entidades, que necesariamente tendrán una actividad mucho más reducida que la de las antiguas cajas de ahorros, encontrarán un espacio dentro de un sector cada vez más sofisticado, globalizado y tendente a la concentración.

## 2 · ASPECTOS MATERIALES DE LA NUEVA LEY DE CAJAS DE AHORROS

Enumeramos a continuación algunos de los aspectos más novedosos de la Ley que trataremos de agrupar atendiendo a su objeto en novedades relacionadas con la naturaleza y actividad de las cajas de ahorros y novedades relacionadas con sus órganos de gobierno. En cualquier caso, debemos advertir que habrá que prestar especial atención a la normativa de desarrollo de la nueva Ley, así como a la normativa autonómica que las Comunidades Autónomas promulguen en el ámbito de sus respectivas competencias, para valorar el verdadero impacto de alguno de los cambios introducidos.

### (i) *Novedades relativas a la naturaleza y actividad de las cajas*

El artículo 2 del Real Decreto 26/2013 sigue definiendo a las cajas de ahorros como *«entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social [...]»*. La nueva Ley no introduce por tanto reformas radicales en este sentido y mantiene el controvertido carácter fundacional de las cajas de ahorros, que ha sido objeto de un intenso debate en nuestra doctrina y jurisprudencia. El análisis del carácter fundacional de las cajas de ahorros excede del objeto de este artículo, pero sí intuimos que el nuevo concepto de fundación bancaria que precisamente introduce la Ley 26/2013 (y a la que también se atribuye finalidad social) añadirá complejidad a este debate y hará más difícil si cabe definir los elementos

característicos de las cajas de ahorros como entidad con sustantividad propia.

Prosigue el artículo 2 estableciendo que la actividad financiera de las cajas de ahorros «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». A continuación, señala que «su ámbito de actuación no excederá el territorio de una comunidad autónoma. No obstante, podrá sobrepasarse este límite siempre que se actúe sobre un máximo total de diez provincias limítrofes entre sí».

El artículo 2 establece, pues, importantes limitaciones tanto al ámbito de actividad (actividades propias de banca minorista para clientes y pequeñas empresas) como territorial (ámbito geográfico limitado a una comunidad autónoma, salvo las excepciones previstas en el propio artículo) de las cajas de ahorros que no encontraban precedentes en la normativa inmediatamente anterior. Estas limitaciones, que son consistentes con la finalidad anunciada por el legislador de evitar que las cajas de ahorros adquirieran excesivo tamaño que las haga sistémicas, no son, sin embargo, objeto de gran desarrollo en la nueva Ley. En particular, se establece que la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión será la actividad a la que «principalmente» se orientarán las cajas de ahorros, dejando abierta la posibilidad de excepciones a esa actividad principal que, sin embargo, no se definen. Tampoco arroja claridad la nueva Ley sobre los conceptos de «clientes minoristas» y de «pequeñas y mediana empresas» a los que se supone se dirigirá la actividad de las cajas.

Más allá de la definición de cajas que incorpora, el artículo 2 parece una declaración de los principios que deben inspirar el nuevo modelo de cajas de ahorros que no adquiere plena virtualidad hasta el artículo 34.1 y 34.2 de la nueva Ley 26/2013 que reproducimos a continuación:

*«1. Las cajas de ahorros, en los supuestos previstos en el apartado siguiente, deberán traspasar todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y procederán a su transformación en una fundación bancaria, en caso de cumplir los requisitos previstos en el artículo 32 de esta Ley, o fundación ordinaria en caso contrario, con pérdida, en cualquiera de los casos, de la autorización para actuar como entidad de crédito.»*

2. Los supuestos a los que se refiere el apartado anterior serán los siguientes:

- a) *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,*
- b) *Que su cuota en el mercado de depósitos de su ámbito territorial de actuación sea superior al 35 por ciento del total de depósitos».*

Este artículo, por un lado, establece requisitos objetivos que nos dan ya una idea de cuándo el legislador considera que una caja de ahorros ha adquirido una dimensión «sistémica» no deseada y, por otro lado, establece una consecuencia concreta para el supuesto en que se sobrepasan esos límites como es el traspaso de todo el patrimonio de la caja afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito y su transformación en una fundación bancaria (concepto introducido por la nueva Ley que comentaremos más en detalle en el punto 3 siguiente), o, en su caso, fundación ordinaria.

Aunque el traspaso de la actividad financiera de las cajas de ahorros ya se preveía en el artículo 5 del Real Decreto 11/2010 y la razón última de ambos preceptos es similar (las dificultades de acceso a financiación por parte de las cajas, dada su naturaleza fundacional), el contexto de ambas normas es muy distinto: si el artículo 5 del Real Decreto 11/2010 pretendía dar en ese momento a las cajas de ahorros alternativas que le permitirían mejorar sus posibilidades de financiación, el artículo 34 de la nueva Ley se erige como mecanismo para asegurar el confinamiento de la actividad de las cajas de ahorros a los límites establecidas por la nueva Ley y evitar así cualquier riesgo sistémico.

Por último, merece destacarse también en este sentido la eliminación de la posibilidad de emitir cuotas participativas que el Real Decreto 11/2011 estableció con el propósito de facilitar las necesidades de financiación y capitalización de las cajas de ahorros y que tan poco éxito ha tenido en la práctica.

*(ii) Novedades relacionadas con sus órganos de gobierno*

La nueva Ley profundiza en las reformas en los órganos de gobierno de las cajas ya iniciadas por el RD 11/2010 tendentes a reducir el peso de las administraciones públicas en los órganos de gobierno de las cajas y reforzar la profesionalidad e independencia en su gestión. La nueva Ley introduce además algunas reformas con la finalidad de reducir el tamaño de los órganos de gobierno que resul-

tan consistentes con el menor tamaño de las cajas que pretende el legislador.

- a) Entre las medidas para reducir el peso de las administraciones públicas en las cajas de ahorros destacamos la reducción de su representación en la Asamblea General en la que se limita su derecho a nombrar consejeros hasta un máximo del 25% del total de los consejeros frente al máximo de un 40% que establecía la anterior normativa. Esta reducción tiene su contrapartida en un aumento de la representación de los impositores (la nueva Ley les confiere el derecho a nombrar, al menos, la mitad de los consejeros y un máximo del 60% de ellos), de los empleados (pueden nombrar hasta un 20% de los consejeros) y de las entidades representativas de intereses colectivos. Como establece la exposición de motivos de la Ley 26/2013, *«este conjunto de medidas pretende que precisamente aquellas personas que tienen depositados sus ahorros en las cajas, puedan ver mejor representados sus intereses en los órganos de gobierno»*.

En este sentido, la nueva Ley mantiene la incompatibilidad del ejercicio del cargo de miembro de los órganos de gobierno de una caja de ahorros 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.

Se mantiene, asimismo, la incompatibilidad ya prevista en el RD 11/2010 del cargo de miembro de los órganos de gobierno de una caja de ahorros con el de todo cargo político electo si bien la nueva Ley extiende la incompatibilidad a personas que desempeñen cualquier cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato.

La politización de las cajas ha sido uno de los males crónicos que tradicionalmente se ha achacado a nuestro sistema de cajas, que más credibilidad ha restado a nuestro sistema financiero y que más indignación ha causado en nuestra opinión pública. Las reformas introducidas no son infalibles y, en la medida que las Administraciones públicas siguen gozando de una importante representación en las cajas, no puede asegurarse que la nueva Ley traiga su total despolitización, pero no por ello debemos dejar de aplaudir las importantes reformas introducidas en este sentido que deberían propiciar un modelo de cajas mucho más independientes y profesionales.

- b) Estrechamente ligado a lo anterior, la nueva Ley consolida las normas introducidas por el Real Decreto 11/2010 para asegurar la independencia de los órganos de gobierno de las cajas. En este sentido, destaca el artículo 3.2 de la nueva Ley que establece que los vocales del Consejo (todos y no solo la mayoría como se establecía anteriormente), los directores generales y asimilados, así como quien desempeñen puestos claves para el desarrollo diario de su actividad, deben 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»*.

Aunque, desde un punto de vista técnico, quizás hubiera sido preferible remitir a la normativa específica que establece cuáles son esos concretos requisitos, el legislador parece que de forma un tanto gráfica ha preferido dejar clara la equiparación de esos requisitos a los exigidos de los bancos con el propósito —entendemos— de zanjar la vieja crítica, especialmente procedente del sector bancario, que no consideraba justa la exigencia de una menor profesionalidad a los gerentes de una caja de ahorros cuando esta desempeñaba una actividad similar a la de los bancos.

Dentro de los requisitos específicos de los consejeros generales, destaca la incompatibilidad de quienes estén *«ligados a la caja de ahorros o a sociedad en cuyo capital participe aquella por contratos de obras, servicios, suministros o cualquier otro trabajo retribuido»*, así como quienes mantuviesen deudas vencidas y exigibles de cualquier clase frente a la entidad o hubieran incurrido en incumplimientos de sus obligaciones bajo financiaciones concedidas por las cajas de ahorros.

En este mismo sentido de reforzar la independencia, se establece la irrevocabilidad, salvo justa causa, del nombramiento de los consejeros generales y la prohibición durante un periodo de dos años con posterioridad al desempeño del cargo para celebrar contratos onerosos con la caja de ahorros en cuestión.

En cuanto al Consejo de Administración, se exige que la mayoría de sus miembros sean vocales independientes y se exige, asimismo, que su designación requiera *«informe favorable de la comisión de retribuciones y nombramientos, que habrá de tener en cuenta las prácticas y estándares nacionales e internacionales sobre gobierno corporativo de entidades de crédito»*.

Entre las causas de incompatibilidad propias de los miembros del Consejo, destaca la imposibilidad de pertenecer al consejo de administración de más de cuatro sociedades mercantiles o entidades cooperativas. Aunque el número de cuatro pueda parecer arbitrario (hubiera sido quizás recomendable introducir la matización de que sean cuatro sociedades que no pertenezcan al mismo grupo), se busca, en definitiva, asegurar cierta dedicación de los miembros del Consejo a sus funciones dentro de él.

Es discutible, sin embargo, hasta qué punto existen razones de peso para establecer este requisito sobre los miembros del consejo de administración de las cajas de ahorros cuando este no es exigible a los miembros del consejo de otras entidades de crédito. De la misma manera que debería existir consenso sobre las bondades de las reformas introducidas desde el Real Decreto 11/2010 en el sentido de mejorar la profesionalidad e independencia de los órganos de gobierno de las cajas, no debe perderse de vista que un régimen de incompatibilidades y de requisitos excesivamente severo puede dificultar en la práctica a las cajas de ahorros contar con buenos candidatos para desempeñar funciones directivas. Nada que objetar, no obstante, a la dedicación exclusiva e incompatibilidad «*con cualquier actividad retribuida tanto de carácter público como privado, salvo la administración del propio patrimonio y aquellas actividades que ejerza en representación de la caja*» que se exige al presidente ejecutivo del Consejo y que es consistente con la importancia de este cargo.

Son también reseñables las fuertes restricciones que establece la Ley para la concesión de financiación por parte de la caja de ahorros a los vocales de su consejo de administración, así como sus cónyuges, ascendientes o descendientes y las sociedades en que dichas personas participen mayoritariamente en el capital o en las que desempeñen los cargos de presidente, consejero, administrador, gerente, director general o con funciones similares. Estamos nuevamente ante una medida que entendemos que incide positivamente en la pretendida independencia en la gestión de las cajas y que trata de atajar una de las principales fuentes de abusos que se han producido en los últimos años a la vista de los procedimientos judiciales abiertos contra antiguos directivos de las cajas por estas cuestiones.

Los requisitos de independencia descritos se extienden, asimismo, a la comisión de control y a la

comisión de retribuciones y nombramiento en el que al menos la mitad de los vocales (y en todo caso su presidente, en el caso de ésta última) deberán ser independientes.

En este mismo sentido, la Ley 26/2013 da, asimismo, continuidad al régimen de mayor relevancia e independencia que el Real Decreto 11/2010 había previsto para la Comisión de Control. También se mantiene el deber de las cajas de ahorros de hacer público un informe anual de gobierno corporativo que ya se preveía en el Real Decreto 11/2010.

Se trata, en resumen, de un conjunto de medidas que consolida muchas de las importantes reformas introducidas por el Real Decreto 11/2010 en este ámbito y que deberían repercutir positivamente en la independencia, profesionalidad y dedicación de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros.

(iii) En cuanto a las medidas tendentes a reducir el tamaño de los órganos de gobierno, encontramos ejemplos de ello

- a) en la Asamblea General, en la que el número mínimos de miembros se reduce de 60 a 30 mientras que el número máximo se establece en 150 (frente a los 160 anteriores);
- b) en el Consejo de Administración, cuyo número de vocales se reduce, pudiendo tener un mínimo de 5 miembros (frente a los 13 de la anterior normativa) y un máximo de 15 (frente a los 17 que se permitían anteriormente);
- c) en la Comisión de Control, cuyo número de vocales se fija en un mínimo de tres y un máximo de siete miembros frente a los cuatro y ocho, respectivamente, de la normativa anterior.

En términos absolutos, no son quizás unas reducciones muy significativas con respecto a la normativa anterior (lo que, por otra parte, tiene explicación en el buen número de distintos intereses que concurren en las cajas de ahorros), pero sí son representativas del redimensionamiento que se pretende efectuar en los órganos de gobiernos de las cajas de ahorros.

Finalmente, hay que apuntar que se mantienen las Comisiones de Inversiones, Retribuciones y Nombramientos y de Obra Social, si bien ahora se incardinan en el seno del Consejo de Administración. Asimismo, la figura del Director General queda limitada al ámbito fundacional.

### 3 · FUNDACIONES BANCARIAS

#### 3.1 · Definición y régimen jurídico

La nueva Ley introduce el concepto de fundación bancaria que se define en el artículo 32 de la nueva Ley 26/2013 como «aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento 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».

Aunque el concepto de fundación bancaria evoca irremediabilmente a las fundaciones de carácter especial que establecía el Real Decreto 11/2010 al regular el ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros, el origen y características de ambos tipos de fundaciones son distintos, como ya anticipábamos en el apartado 2 anterior.

Haciendo una lectura sistemática de la Ley 26/2013, la fundación bancaria parece ser el instrumento del que se sirve el legislador para dar virtualidad a las limitaciones sobre la actividad de las cajas de ahorros que se establecen en la nueva Ley para evitar el riesgo sistémico de estas.

La definición de fundación bancaria que maneja la Ley puede resultar, sin embargo, mucho más amplia y no parece limitarse solo a entidades nacidas a raíz de la nueva regulación de las cajas de ahorros, sino que podría abarcar cualquier fundación «tradicional» que tenga una participación de al menos un 10% en un banco o que tenga derechos políticos que le permitan nombrar o destituir miembros del órgano de administración de un banco.

La conclusión anterior no nos parece positiva, pues podría llevar a varias fundaciones tradicionales a asumir un régimen jurídico mucho más oneroso cuando la fundación tradicional, en cuanto a titular de una participación significativa en una entidad de crédito, ya estaría de por sí sometida a la normativa bancaria aplicable a accionistas con participación significativa en una entidad de crédito. Tampoco parece que tenga mucho sentido equiparar fundaciones que tienen su origen en un imperativo legal con fundaciones tradicionales que tienen un origen voluntario y filantrópico de sus fundadores.

La extensión de la definición carece también de justificación desde el punto de vista práctico, pues el número de fundaciones tradicionales que pueden estar en condiciones de cumplir con los requisitos del artículo 32 de la Ley 26/2013 es mínimo y no

se han producido situaciones especiales con respecto a aquellas que justifiquen su inclusión en el nuevo régimen de fundación bancaria.

En cuanto a los fines de las fundaciones bancarias, el artículo 32.2 establece 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». El elemento de «finalidad social» no es exclusivo de las fundaciones bancarias, pues, como anticipábamos al inicio de este artículo, también se incluye en la definición de caja de ahorros con el agravante de que al mantenerse el carácter fundacional de estas, se difuminan los límites entre los principios configuradores de las cajas de ahorros y los de las fundaciones bancarias. Asimismo, el artículo 32.2 incide en la gestión de la participación de la entidad de crédito como la «actividad principal» de la fundación bancaria, penalizando nuevamente a las fundaciones tradicionales que al tiempo de entrada en vigor de esta ley tenían una participación significativa en una entidad de crédito y que tenían a sus actividades altruistas y de interés general como actividades principales y no la de su gestión en la entidad de crédito.

El segundo punto de la disposición adicional de la Ley 26/2013 parece matizar algo las conclusiones anteriores al establecer que «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 y en el plazo de seis meses computados desde la fecha en que se produzca este incremento». En cualquier caso, consideramos que la nueva normativa estaría de alguna manera limitando el derecho de las fundaciones tradicionales a tener participación en entidades de crédito, derecho que, por otra parte, está reconocido en el artículo 24.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Es probable que razones de coyuntura económica y la presión de mostrar a los mercados y a nuestros socios europeos una reforma radical en nuestro tan criticado sistema de cajas hayan llevado al legislador a poner un exceso de celo en esta cuestión, perjudicando quizá a determinadas fundaciones tradicionales cuya participación en entidades de crédito no había presentado problemas hasta la fecha.

### 3.2 · Órganos de gobierno, deberes y control de fundaciones bancarias

Dejando a un lado las anteriores consideraciones sobre la configuración de las nuevas fundaciones bancarias y sin entrar en detalle sobre el procedimiento de transformación de las cajas de ahorros o de las fundaciones ordinarias en fundaciones bancarias del que tendremos que ver su aplicación en la práctica, la nueva Ley dedica un capítulo a regular el régimen legal aplicable a los órganos de gobierno de la fundación bancaria y, en particular, a su máximo órgano de gobierno, el patronato.

Sobre la composición del patronato, que en ningún caso podrá estar formado por más de quince miembros, la nueva Ley 26/2013 establece que los patronos deberán ser personas físicas o jurídicas pertenecientes a alguno de los siguientes grupos, debiendo contar con, al menos, un representante de los grupos a), b), d) y e) que se describen a continuación y, siempre que fuera posible identificar una aportación significativa dentro de los quince años anteriores a la constitución del patronato, al menos con un representante del grupo c):

- a) *«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.»*
- b) *Entidades representativas de intereses colectivos en el ámbito de actuación de la fundación bancaria o de reconocido arraigo en el mismo.*
- c) *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.*
- d) *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.*
- e) *Personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera, que habrán de integrar el patronato en el porcentaje que prevea la legislación de desarrollo de esta Ley, y cuya presencia será representativa y creciente en función del nivel de participación en la entidad de crédito que corresponda».*

No hace falta esperar a la normativa que, en su caso, desarrolle estos requisitos para concluir que la

nueva Ley 26/2013 pretende dotar al patronato de las fundaciones bancarias de un carácter eminentemente técnico que asegure, además, la presencia en él de personas con experiencia en el sector financiero. Sobre estos últimos se imponen, además, los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno exigidos a los miembros del órgano de administración y cargos equivalentes de los bancos. Teniendo en cuenta que las fundaciones bancarias pueden tener el derecho a nombrar consejeros en las entidades de crédito en las que tienen participación y que esos consejeros ya deben cumplir con ciertos requisitos como administradores de la entidad de crédito, la exigencia de los mismos requisitos en los patronos de la fundación puede resultar demasiado gravosa, especialmente si no se exigen de manera expresa a otros accionistas con participación significativa en entidades de crédito.

Lo anterior unido al carácter gratuito del cargo de patrono que establece la Ley 26/2013 y al hecho de que el cargo de patrono sea incompatible con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad bancaria de la cual la fundación bancaria sea accionista (sobre ello la nueva Ley establece, sin embargo, un período transitorio) podrían dificultar en la práctica encontrar candidatos que puedan cumplir con todos los requisitos establecidos en la nueva normativa.

Por otra parte, los artículos 43 y 44 de la Ley 26/2013 establecen la necesidad de aquellas fundaciones bancarias con una participación igual o superior al 30% en una entidad de crédito de elaborar un protocolo de gestión de su participación financiera, así como un plan financiero de su participación. Parece razonable exigir a las fundaciones que alcancen ese nivel de participación en una entidad de crédito que preparen planes específicos, susceptibles de supervisión por el Banco de España, que ofrezca una regulación mínima de los aspectos básicos de carácter estratégico de su participación en la entidad de crédito y de sus relaciones con esta, así como de sus estrategias de inversión. No obstante, de nuevo cabe plantearse hasta qué punto la fundación bancaria requiere de una regulación específica en este sentido que no esté o no pueda ser cubierta por la normativa aplicable a cualquier otro accionista con una participación significativa en entidad de crédito.

El régimen legal se endurece para fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 50% en una entidad de crédito o que les permita el control en los términos del artículo 42

del Código de Comercio, que tienen obligación de incorporar en el referido plan financiero: a) Un plan de diversificación de inversiones y de gestión de riesgos; b) 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 (a tal fin, el plan financiero contendrá un calendario de dotaciones mínimas al fondo de reserva); y c) 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 esta de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables.

Como el propio legislador anuncia en la exposición de motivos de la Ley 26/2013, cuanto mayor es la participación de la fundación bancaria en la entidad de crédito, mayor es su incidencia y afección a la estabilidad financiera de la misma y, en esa medida, nos parece razonable la implantación de una serie de medidas que optimicen el control de esa participación cuando esta es muy significativa. No obstante, resulta evidente que el régimen legal impuesto sobre las fundaciones bancarias incentivará que estas reduzcan su participación en las entidades de crédito, lo que, por otra parte, el legislador no niega «a fin de que el proceso de reestructuración del sistema financiero español se produzca en un período de tiempo razonable».

Finalmente, vemos razonable que el Banco de España tenga el papel que le atribuye el artículo 46 de la Ley 26/2013 como organismo supervisor de las fundaciones bancarias en aquello que tenga que ver con su participación en la respectiva entidad de crédito. Más discutibles nos parecen las disposiciones sobre protectorado que establece el artículo 45 de la Ley 26/2013 por dos razones: i) la disparidad de fines que puede tener una fundación bancaria no parece que haga recomendable que su protectorado se encomiende al Ministerio de Economía y Competitividad (lo anterior, sin perjuicio, insistimos, de la función supervisora que entendemos que el Banco de España tiene que realizar en lo concerniente a la participación en la entidad de crédito); y ii) porque esta disparidad de protectorados no parece consistente con el viejo anhelo y los pasos recientes que se estaban dando en el sector fundacional hacia la unidad de protectorados y de registro de fundaciones.

#### 4 · MEDIDAS FISCALES DE LA LEY 26/2013

La Ley 26/2013 establece una serie de modificaciones de índole fiscal, cuyo principal objetivo —según su propia exposición de motivos— es extender y mantener el tratamiento fiscal de las cajas de ahorros a las fundaciones bancarias, de forma que la conversión de las cajas de ahorros en fundaciones bancarias sea neutral a efectos fiscales. Estas medidas afectan básicamente al Impuesto sobre Sociedades (IS), al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) y al Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE). Asimismo, la Ley 26/2013 mantiene el régimen jurídico —incluyendo el fiscal— de las emisiones vivas que las cajas de ahorros hayan realizado con anterioridad a su conversión en fundaciones bancarias.

*Modificaciones en el IS:*

(i) *Régimen fiscal aplicable a las fundaciones bancarias (artículo 49 de la Ley 26/2013):*

Se establece su consideración como entidades sujetas al régimen general del IS, tributando al tipo general de este impuesto (actualmente, un 30%). La Ley 26/2013 establece expresamente que las fundaciones bancarias no tienen derecho al régimen fiscal especial establecido para las entidades sin fines lucrativos en la Ley 39/2002, de 23 de diciembre<sup>1</sup>.

(ii) *Posibilidad de deducir en el IS las cantidades destinadas a la obra benéfico-social de las fundaciones bancarias (disposición final quinta de la Ley 26/2013):*

Con efectos en los periodos impositivos del IS iniciados a partir de 1 de enero de 2013, se permite a las fundaciones bancarias deducir en el IS las cantidades destinadas a la obra benéfico-social, en las mismas condiciones que las cajas de ahorros y de acuerdo con las reglas del artículo 24 del texto refundido de la Ley del IS<sup>2</sup>. Debemos recordar que la dotación a la obra benéfico-social realizada por las fundaciones bancarias permite reducir la base imponible del IS de las entidades de crédito en las que participen bajo ciertas circunstancias. Esto

<sup>1</sup> Por tanto, las donaciones y aportaciones gratuitas a estas entidades no gozarán de las ventajas aplicables a otras entidades sin fines lucrativos.

<sup>2</sup> Aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS).

permite que se aproveche la deducción de esas aportaciones ya que, típicamente, las fundaciones bancarias no contarán con ingresos sujetos al IS suficientes para compensar el gasto.

(iii) *Reglas especiales e inclusión de las fundaciones bancarias como entidades dependientes de un grupo de consolidación fiscal en el IS (disposición final quinta de la Ley 26/2013):*

La Ley 26/2013 introduce medidas específicas en relación con la aplicación del régimen de consolidación fiscal del IS a las fundaciones bancarias, en los siguientes términos:

- a) Las fundaciones bancarias se consideran sociedades dependientes de un grupo de consolidación fiscal, cuya sociedad dominante es una entidad de crédito residente en España en la que la fundación bancaria correspondiente cumpla las condiciones del artículo 43.1 de la Ley 26/2013<sup>3</sup>, siempre que esta fundación no sea a su vez una sociedad dominante de un grupo fiscal en el IS<sup>4</sup>.
- b) En el supuesto de que una fundación bancaria pierda la condición de sociedad dominante de un grupo fiscal en el IS en un período impositivo, generalmente por reducir su participación en la entidad de crédito correspondiente hasta un porcentaje inferior al 75% (o al 70% en caso de que las acciones de esta entidad de crédito estén admitidas a negociación en un mercado regulado) de su capital social, se permite la continuación del grupo fiscal de la fundación bancaria en sede de la entidad de crédito participada, como sociedad dominante.

A tales efectos, esta entidad de crédito se podrá subrogar en la condición de sociedad dominante desde el inicio de dicho período impositivo, sin que se produzcan los efectos de la extinción del grupo fiscal a los que se refiere el artículo 81 del TRLIS (incluidos los relativos a las bases imponi-

bles negativas y deducciones pendientes de compensar en caso de extinción de un grupo fiscal).

*Medidas en el IVA para las fundaciones bancarias (disposición final segunda de la Ley 26/2013):*

De forma análoga a los cambios introducidos en el régimen de consolidación fiscal del IS, la Ley 26/2013 prevé que las fundaciones bancarias a las que se refiere el artículo 43.1 de esta Ley<sup>5</sup> puedan tener la consideración de entidades dependientes de un grupo de entidades a efectos del IVA, en el sentido del capítulo IX, título IX, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA. La sociedad dominante de este grupo de entidades será la entidad de crédito que determine con carácter vinculante las políticas y estrategias de la actividad del grupo y el control interno y de gestión<sup>6</sup>.

*Otras medidas fiscales aplicables a las fundaciones bancarias (disposiciones finales primera y tercera de la Ley 26/2013):*

- (i) IAE: se dispone que las fundaciones bancarias están comprendidas en el grupo 812, «Cajas de Ahorros», de las tarifas de este impuesto.
- (ii) ITPAJD: se amplía para las fundaciones bancarias la exención aplicable en este impuesto a las adquisiciones destinadas directamente a la obra social.

*Régimen transitorio de las emisiones vivas de las cajas de ahorros (disposición adicional decimocuarta de la Ley 26/2013):*

La Ley 26/2013 establece que los instrumentos de deuda emitidos por cajas de ahorros que deban convertirse en fundaciones bancarias, y que estén vivos en el momento de su transformación, mantendrán el régimen jurídico de las emisiones efectuadas por las entidades de crédito «hasta su vencimiento».

La previsión anterior parece tener por objeto, de forma particular, aquellas emisiones de deuda realizadas por cajas de ahorros bajo el régimen fiscal

<sup>3</sup> Esto es, siempre que participen en, al menos, un 30% del capital social de esta entidad de crédito o tengan el control de esta entidad por aplicar cualquiera de los criterios del artículo 42 del Código de Comercio.

<sup>4</sup> También se consideran sociedades dependientes de un grupo de consolidación fiscal a estos efectos cualquier entidad íntegramente participada por una fundación bancaria, a través de la que esta sea titular de la participación en la entidad de crédito que sea la sociedad dominante del grupo fiscal en el IS.

<sup>5</sup> Esto es, que participen en al menos un 30% del capital social de una entidad de crédito residente en España o que tengan el control de esta entidad por aplicar cualquiera de los criterios del artículo 42 del Código de Comercio.

<sup>6</sup> Se incluyen también como entidades dependientes a efectos del grupo de entidades del IVA aquellas entidades en las que las fundaciones bancarias integradas como sociedades dependientes tengan una participación, directa o indirecta, de la menos el 50% de su capital.

de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, que permite realizar los pagos de intereses de estos instrumentos sin retención en determinadas condiciones y que —actualmente— requiere que la entidad emisora sea, bien una entidad financiera, bien una entidad cotizada.

En la medida en que este requisito no se cumpliría en las emisiones de las cajas de ahorros que se conviertan en fundaciones bancarias, el legislador ha decidido mediante esta disposición adicional mantener su régimen jurídico (y fiscal) previo a su conversión. El mantenimiento de este régimen parece ligarse, por tanto, a una condición de la emisión (que esté «viva») en vez de al estatus legal del emisor.

## 5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, destacaríamos los siguientes aspectos:

- La nueva Ley nace con una vocación de consolidar en un único texto legal la normativa sobre cajas de ahorros que, de manera dispersa, se ha ido promulgando durante los años de la crisis con el propósito de ofrecer soluciones inmediatas que ayudaran a la reestructuración de nuestro sistema financiero.
- El concepto de caja de ahorros es similar al barajado por la anterior normativa, si bien se introducen importantes limitaciones a la actividad de las cajas con el objetivo de que estas no alcancen un excesivo tamaño que pueda conllevar riesgos sistémicos. A la vista de lo anterior, tenemos serias dudas sobre qué margen de actuación le puede quedar a nuestras cajas de ahorros en el actual sistema financiero.
- Se consolidan y completan las reformas introducidas por el Real Decreto 11/2010 para dotar de una mayor independencia y profesionalidad a los órganos de gobierno de las cajas de ahorros.
- Asimismo, se profundiza en el esquema de ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas, creándose una nueva figura, la fundación bancaria, en la que necesariamente han de convertirse aquellas cajas de ahorros que superen unos determinados umbrales que establece la Ley.
- El concepto de fundación bancaria que, sin embargo, maneja la nueva Ley es amplio y abarcaría a fundaciones tradicionales que actualmente tienen una participación significativa en entidades de crédito, lo que, a nuestro juicio, no tiene sentido por la distinta naturaleza de ambos tipos de fundaciones.
- La nueva Ley 26/2013 introduce un estricto régimen de control sobre las fundaciones bancarias (superior al que podría ser aplicable a otros accionistas con participación significativa en una entidad de crédito). Parece que el legislador busca en última instancia incentivar la progresiva reducción de participación de las fundaciones bancarias en las entidades de crédito.