

InDret

Valoración de una tesis sobre el régimen de las Cajas de Ahorro

*Recensión a Anabelén Casares Marcos, Cajas de Ahorro: Naturaleza
jurídica e intervención pública, Tirant lo Blanc, Valencia 2003.*

Jesús Alfaro Águila-Real
Facultad de Derecho
Universitat Autònoma de Madrid

Working Paper n°: 187
Barcelona, enero de 2004
www.indret.com

1. Se trata de un libro que aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro. A lo largo de más de 700 páginas, la autora analiza, en primer lugar, los orígenes históricos de estas entidades de depósito y crédito para examinar, a continuación, si es correcto calificarlas como fundaciones y, más concretamente, como fundaciones - empresa. Tras lo cual se refiere a los títulos que tiene el Estado para su regulación, títulos limitados tanto por la naturaleza privada de las Cajas como por la asunción de competencias al respecto de las Comunidades Autónomas.

2. Las conclusiones son muy pobres. Buena parte del libro es reproducción de –no ya ideas sino– frases ajenas. Páginas y páginas son reproducciones de opiniones no especialmente brillantes de autores no especialmente brillantes. Las notas son desproporcionadas (hay más de 1450 notas a pie de páginas y las repeticiones son muy numerosas véase, por ejemplo, las referencias fuera de contexto al Decreto de 29 de junio de 1853 que se encuentran, incluso en la p. 625 nota 1279) y el contenido no descriptivo del trabajo es muy escaso. La autora hace lo que podríamos llamar, metafóricamente, un análisis sintáctico del título de su trabajo. Va abordando sucesivamente todos los temas que pueden tener relación con el que es el objeto del libro sin realizar tratamientos monográficos pero sin extraer consecuencias interesantes de cada uno de los temas generales para el análisis de los problemas específicos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro. Así, por ejemplo, su análisis del concepto de fundación; de la libertad de empresa; del concepto de bases en la Constitución; del concepto de empresario mercantil; de la legislación bancaria como ordenamiento sectorial; del sector no lucrativo de la Economía resulta una mera acumulación de opiniones sin que el lector sea capaz de averiguar por qué la autora aborda esos temas y, sobre todo, qué resultados relevantes obtiene para decir cosas interesantes sobre las Cajas de Ahorro.

3. El análisis histórico es muy poco interesante. Los juristas no son buenos historiadores –no tienen por qué serlo– y sus incursiones en la historia institucional no resultan, normalmente, en avances para el conocimiento por la tendencia muy marcada a examinar su objeto sobre la base exclusiva de las normas que, sucesivamente, han regulado la institución sin ponderar la eficacia relativa de cada una y el entorno económico, social y político correspondiente. Así le sucede a la autora con el Decreto de 1853 (pp. 66 y ss., por ejemplo, porque la autora repite las referencias a lo largo de muchas páginas) que fue suspendido al poco de su entrada en vigor, precisamente porque al ordenar a las Cajas que colocaran sus depósitos en deuda pública provocó retiradas masivas de fondos por parte de los impositores, temerosos de que el Estado expropiara sus ahorros. Pero lo peor es que, por ejemplo, del repaso de la normativa aplicable a las Cajas a lo largo de los siglos XIX y XX (pp. 63-87) el lector no averigua cuestiones tan trascendentales como el *destino de los excedentes de las cajas*, destino que es fundamental para determinar la naturaleza jurídica de la Caja. En efecto, si la Caja ha de destinar sus excedentes a estimular a los impositores mejorando el tipo de interés que paga por los depósitos, la Caja tiene rasgos claramente mutualistas. Si, por el contrario y como sucede a partir del primer cuarto de siglo XX, las Cajas han de destinar sus excedentes a la llamada obra benéfico - social, parece evidente que puede predicarse con mayor seguridad su carácter fundacional.

4. Las afirmaciones de la autora sobre la naturaleza jurídica no van mucho más allá de los lugares comunes, unos ciertos y otros falsos, acerca del carácter benéfico de las cajas, de su naturaleza fundacional *sui generis* y de su doble carácter de entidades de depósito y crédito y de entidades sin ánimo de lucro y finalidades de interés general. Esta descripción por composición es especialmente desafortunada porque supone acumular dos rasgos que no son homogéneos. Que las cajas sean entidades de depósito y crédito hace referencia a su *objeto social* o *corporativo* mientras que su carácter de empresas sin ánimo de lucro y el destino a obras sociales de sus excedentes hace referencia al *fin* de la corporación. La primera calificación es relevante para justificar la aplicación a las Cajas del régimen de supervisión bancario. La segunda calificación es la que ha llevado a la mayoría de la doctrina a considerarlas fundaciones *sui generis*. Pero la autora dedica doscientas páginas a describir –que no analizar– de forma genérica los rasgos propios de la fundación como corporación que la distinguen de otras corporaciones sin que, nuevamente, nuestro conocimiento del particular –de las fundaciones– o de las Cajas en dicho contexto aumente tras la lectura.

5. Lo propio cabe afirmar del capítulo segundo (pp. 195-377) donde la autora vuelve, nuevamente, a ocuparse de problemas genéricos (la libertad de empresa, el concepto de empresario mercantil) sin aportar nada en absoluto a la discusión y realizando una simple descripción no demasiado afortunada de las opiniones tampoco excesivamente interesantes de los administrativistas que se han ocupado del artículo 38 de la Constitución. Frases como “*lo primero que llama la atención (del art. 38 CE) es el hecho mismo de su reconocimiento expreso*” en un trabajo que no se ocupa de la libertad de empresa, sino de las Cajas de ahorro resulta, cuando menos, una ingenuidad que el director de la tesis debería haber corregido. Pero las obviedades continúan a lo largo de las páginas siguientes: que es un derecho para cuya protección no hay recurso de amparo; que es ambiguo y difícil de concretar; que es la “*piedra angular... punto de partida, pilar básico o punto clave*” de la Constitución económica (la mejor doctrina al respecto es que no hay tal constitución económica sino limitaciones a los poderes públicos derivados del reconocimiento de los derechos fundamentales – también los económicos – reconocidos a los particulares); o que los preceptos constitucionales no han de interpretarse aisladamente (305-306) o, tras haber recogido la afirmación según la cual en la Constitución cabe casi cualquier modelo económico la afirmación según la cual “*sin embargo... instaure un sistema flexible en el que caben distintas opciones*”, opciones que van desde el liberalismo más extremo hasta un sistema económico ampliamente socializado. No entendemos, por tanto, el “sin embargo” pero, sobre todo, no entendemos qué tiene todo esto que ver con las Cajas de Ahorro. Continúa examinando el contenido esencial de la libertad de empresa y se ocupa de si es una garantía institucional o un derecho subjetivo y justifica las discrepancias doctrinales por ser “*fruto de la propia amplitud del enunciado del precepto*”, pensando, tal vez, que el constituyente debió resolver los problemas a los juristas aclarando qué naturaleza quería atribuir a esta libertad. La ingenuidad de la autora se desborda cuando reconoce que “*la incorporación de la doctrina de la garantía institucional a nuestro ordenamiento... no es fruto de un reconocimiento expreso en nuestra carta magna, sino de la propia interpretación constitucional*” y concluye que, como la constitución no distingue, nosotros tampoco, de forma que la libertad de empresa es una garantía institucional y un derecho fundamental (315-316): ¡no hay nada como el eclecticismo! Las mismas obviedades y generalidades son las que se contienen en las páginas dedicadas a analizar el contenido esencial de la libertad de empresa

citando a MARTÍNEZ VAL junto a RUBIO LLORENTE o a PREDIERI y MORISI repitiendo una y otra vez (p. 317 y p. 319) que el precepto constitucional es muy poco concreto. Cuando osa definir el contenido esencial del derecho fundamental afirma que *“supone un deber de abstención, de respeto a las facultades que implica para su titular, sin que sea por ello una libertad absolutamente incondicionada”* (p. 319, p. 322, 324). Como no hay ninguna libertad que sea absolutamente incondicionada y no hay ninguna libertad que no implique, cuando menos, el respeto por parte de los poderes públicos de las facultades que genera para su titular, no vemos qué significado tiene una frase semejante. El eclecticismo viene, de nuevo, a salvar a la autora cuando afirma que un tal Balado Ruiz *“ha reivindicado la necesidad de llegar a un equilibrio en esta materia”* (p 320). Este tipo de frases son irrefutables porque supongo que a nadie se le ocurrirá *“reivindicar”* la necesidad de llegar a un desequilibrio en la materia. Bueno sí, a nosotros, un desequilibrio a favor de la libertad individual que exige al Estado que justifique de acuerdo con los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad cualquier injerencia en la libertad de la gente para ganarse la vida de forma independiente como tenga por conveniente. Pero de este tema –que es *“el”* tema de la libertad de empresa– la autora no nos cuenta nada. La recopilación le lleva a estar de acuerdo con opiniones contradictorias (véase, por ejemplo, p. 322 y p. 323 las opiniones sobre si la libertad de empresa tiene o no contenido esencial de MUÑOZ MACHADO/BAÑO LEÓN y ARAGÓN REYES) o a afirmar que el contenido esencial – y por tanto, no reductible por los poderes públicos – es *“la posibilidad de... constituir la empresa y de decidir sobre las distintas opciones relacionadas con la actividad que desempeña* (p. 330) y a afirmar simultáneamente que tales derechos están *“condicionados, lógicamente, por las limitaciones que en nombre del interés general sean establecidas en normas con rango de ley”* (p. 331). Pero, da igual. Ni siquiera es verdad que las limitaciones hayan de provenir de normas con rango legal. Pero el papel lo aguanta todo. Tras recoger cualquier locura sobre el particular (la opinión de BROSA BALLESTEROS si es tal como la autora la resume en las pp. 333-334 es simplemente delirante) concluye que no estamos ante *“una tarea fácil”* aunque, afortunadamente, no le toca a ella realizarla, sino *“al Tribunal Constitucional”* (p. 335). ¡Pobre Tribunal Constitucional y pobres tribunales si los juristas que escriben no les echan una mano!

Es obvio que cualquier doctorando tiene que estudiarse los temas generales para poder realizar alguna aportación en el análisis específico de la institución que analiza, pero es obvio también que el director de tesis tiene que asegurar que todo lo que se ha estudiado la doctoranda no acaba recogido en el libro que resulta de la tesis. Se echa de menos el control riguroso del trabajo del doctorando por parte del Director. Aún más. La autora no necesitaba decir ni una sola palabra sobre la libertad de empresa en general para examinar el problema de si la extraordinaria intervención pública en el ámbito financiero constituye una injerencia inconstitucional en la libertad de empresa. Si no consiguió sacar alguna idea centrada y sensata sobre el particular tras la lectura de la literatura española, debió renunciar a su objetivo y entrar directamente en el análisis de la constitucionalidad de las limitaciones concretas a la libertad de actuación de las Cajas de ahorro, cuestión ésta que, a nuestro juicio, está bien resuelta en la sentencia del Tribunal Constitucional aunque los argumentos manejados no sean exactamente pertinentes.

6. A tal cuestión están destinadas las páginas siguientes y vuelven a acumularse la reproducción de opiniones ajenas y las obviedades. Así, se apunta a la mayoría que criticó la STC 49/1988 para concluir que, en su opinión, las Cajas están protegidas por la libertad de empresa pero sin

decirnos entonces por qué una regulación de los órganos de gobierno de las Cajas como la que estableció la LORCA de 1985 que atribuye a entidades públicas la mayoría de los puestos en el Consejo de Administración y en la Asamblea General de las Cajas y, por tanto, “publica” el control de las Cajas no es inconstitucional (p. 345). No entendemos cómo, a continuación, se plantea la cuestión de si son empresas mercantiles o no, si parece que ya ha resuelto que están en el art. 38 CE (pp. 345 ss.). Las páginas correspondientes son simple retahíla de opiniones donde se hace decir a GIRÓN, por ejemplo que ha *“reclamado una reforma de la empresa imbuida por el propio sustrato que ofrece la realidad práctica en que ésta desarrolla su actividad”* o que debemos a GARRIGUES haber llamado la atención sobre *“la confusión entre empresa y sociedad anónima”*. Supongo que no hay nadie menor de 60 años que tenga alguna duda al respecto. Luego, páginas y páginas sobre la distinción entre lucro objetivo y lucro subjetivo. Luego (379-385), vuelta a la fundación, concluyendo solemnemente que *“no compart(e)... las visiones inmovilistas de la fundación que pretenden identificarla con su concepto inicial... no cre(e) que sea posible mantener esta estrechez de miras...”* Supongo que le habrá sido difícil encontrar a alguien que comparta una visión inmovilista y estrecha de miras. Nuevamente, creemos que el Tribunal Constitucional acertó plenamente al afirmar que las Cajas de Ahorro no constituyen una expresión del derecho de fundación al que se refiere el artículo 34 de la Constitución y que la libertad de empresa no se ve directamente afectada por esta regulación.

7. A las Cajas como fundación-empresa está dedicado el siguiente capítulo. Define esta figura la autora como *“la constitución de una persona jurídica orientada a la satisfacción de un fin fundacional de interés general, empleando para ello una actividad y organización de naturaleza eminentemente empresarial...”* (p. 393). Distingue correctamente entre fundaciones que realizan actividades empresariales como una forma de conseguir fondos para financiar las actividades de interés general que desarrollan y las fundaciones que realizan las actividades empresariales como forma en sí misma de consecución del fin fundacional (estas serían fundaciones-empresa en sentido estricto). Pero luego añade que *“lo cierto es... que resulta... mucho más difícil su distinción en la práctica, puesto que es frecuente la existencia de instituciones de esta naturaleza de carácter mixto o ecléctico”* (p. 394). No hay ninguna duda de que las fundaciones pueden desarrollar actividades empresariales (art. 24 Ley de Fundaciones que parece aceptar la distinción que se acaba de realizar) por lo que no se entienden las páginas 394-418 en las que se plantea la cuestión para concluir que la Ley de Fundaciones vigente *“ha supuesto el reconocimiento abierto y decidido de la actividad económica fundacional”*.

Lo que no parece distinguir la autora es la diferencia entre el párrafo primero y el párrafo segundo de dicho artículo 24 LF. El primero limita la actividad económica realizada *directamente* por la fundación a las que tengan por objeto una actividad relacionada con los fines fundacionales (por ejemplo, la «Fundación Cultural del Notariado» que desarrolla una actividad editorial de publicación de libros jurídicos es una fundación-empresa en cuanto es la propia actividad empresarial -la editorial- la que sirve al fin fundacional: la promoción de los estudios jurídicos) y el segundo se refiere a la posibilidad de que las fundaciones sean *titulares* de empresas participando como socias o partícipes en el capital social de las sociedades que desarrollan cualesquiera actividad empresarial (por ejemplo, la «Fundación Ramón Areces» que es titular de un porcentaje significativo de las acciones de «El Corte Inglés S.A.». La actividad de

distribución comercial de «El Corte Inglés S.A.» no sirve en modo alguno al fin fundacional de la «Fundación Ramón Areces», simplemente le proporciona los fondos que la «Fundación Ramón Areces» destina a sus fines fundaciones —la promoción de la ciencia y la investigación en España—). Las Cajas parecen fundaciones-empresa en sentido estricto ya que la actividad económica empresarial (ser entidades de depósito y crédito) la desarrolla la propia “fundación”. Pero, al propio tiempo, resulta difícil aceptar que ya entrados en el siglo XXI y con casi veinte mil dólares de renta per capita y siendo España uno de los países más bancarizados de Europa, la realización de las actividades propias de un banco en *las mismas condiciones* que un banco *y con el objetivo de maximizar las ganancias* que puedan obtenerse con dicha actividad constituye el desarrollo de “*actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas*”.

Los fines fundacionales de las Cajas se desarrollaban a través de la actividad económica de depósito y préstamo en el siglo XIX cuando eran la única opción de acceso al crédito y ahorro para los pobres y sirvieron para combatir la usura, única forma de crédito disponible para los más pobres, pero *hoy* no pueden calificarse tales actividades de depósito y crédito como el objeto relacionado con el fin fundacional. Porque hoy, el fin fundacional de las Cajas viene determinado por el destino de sus beneficios: la financiación de proyectos culturales, de investigación, etc. La consecuencia es que las Cajas de Ahorro no son fundaciones-empresas y que su actividad económica es instrumental de su fin fundacional *presente* que no es otro que la de realizar obras sociales en los sectores de la cultura, la investigación, etc. La relación entre la Caja como empresa financiera y la Caja como fundación es idéntica a la relación entre «El Corte Inglés S.A.» y la «Fundación Ramón Areces». Lo curioso y específico de las Cajas es que no se han escindido en una “empresa” y una fundación. Al final, tiene razón el Tribunal Constitucional cuando afirmaba que, como fundaciones, las Cajas son fundaciones *sui generis* porque su actividad económica — que es lo que las distingue de cualquier otra fundación — no se ejerce como medio de desarrollo del fin fundacional sino como medio para allegar fondos para la consecución del fin (re)fundacional: la mejor realización de la obra benéfico-social cobijándose ambas bajo la misma persona jurídica. No en vano, cuando los italianos han reformado sus Cajas de Ahorro han separado ambas convirtiendo en sociedades anónimas a las cajas y atribuyendo la titularidad de las acciones de dichas sociedades anónimas a Fundaciones muy controladas por los poderes públicos. Y no en vano, tampoco, las Cajas han creado fundaciones a las que aportan fondos que se destinan a las actividades propias de la obra social (autorizadas por la Orden de 19 de junio de 1979).

La autora insiste en la “*duplicidad inherente a la propia naturaleza de la caja*” (p. 425) y concluye, citando a GARCÍA VILLAVERDE que “*la caja de ahorros actual es una clara manifestación de la fundación-empresa de tipo mixto, ya que en ella es posible observar rasgos propios de la fundación-empresa funcional y otros típicos de la dotacional... el aspecto funcional se observa en la integración de fines sociales en la propia actividad financiera. El dotacional en la realización de obras benéfico-sociales*”. Pero la pregunta inmediata es qué fines sociales desarrolla una Caja de Ahorros hoy cuando actúa como entidad financiera ¿créditos a menor interés para los pobres? ¿depósitos a mayor interés para los pobres?. Consecuentemente, el aspecto funcional ha desaparecido por completo aunque existía y era el exclusivo en la segunda mitad del siglo XIX cuando las normas vigentes obligaban a las Cajas a

destinar los excedentes de su actividad a estimular a los ahorradores dándoles intereses atractivos por sus ahorros o premiando su constancia en el ahorro o “desempeñando” lo empeñado en el Monte de Piedad.

En definitiva, si se mantiene que las Cajas de Ahorro tienen una “*vertiente fundacional*” (p 427) ésta es la que se refiere a que los excedentes de la caja están destinados por ley a un fin de interés general (la obra benéfico-social), no porque la realización por las Cajas de una actividad económica sea la forma en que las Cajas desarrollan sus fines fundacionales porque es obvio que a través de la actividad financiera no se desarrolla, en el siglo XXI, ningún fin de interés general: ni se fomenta el ahorro de las clases menesterosas, ni se combate a la usura ni se garantiza el acceso de toda la población a los servicios bancarios en condiciones mínimamente satisfactorias. Si se quiere (véase, p. 713 y nota 1442), en lenguaje más moderno, las Cajas no sirven hoy a la “*movilización del ahorro popular*” ni a la lucha contra “*la exclusión financiera tanto personal como geográfica*” ni a “*mantener la competencia en el sistema financiero*”, al menos, no por su peculiar naturaleza. Naturalmente que si la mitad del sistema financiero son Cajas, su desaparición (sin sustitución por entidades de otra naturaleza) reduciría las posibilidades de movilizar el ahorro o aumentaría la exclusión financiera o reduciría la competencia en el mercado financiero pero de lo que se discute no es de eso, si no de si esas funciones las cumplen las Cajas, precisamente, por ser Cajas, no por ser entidades de crédito.

No se entiende, por tanto, que la autora - en la retahíla de opiniones que encadena - vuelva (p. 429) a las razones que justificaron la fundación de las Cajas de Ahorro en el siglo XIX (“*la difusión de las virtudes del ahorro*”) y trate de mantener vivo semejante fin como propio de las Cajas de Ahorro de la actualidad. La ingenuidad de la autora alcanza su cima cuando cita como autoridad académica en la materia a la propia Confederación Española de Cajas de Ahorro a la que hace decir que “*en las Cajas de Ahorros es social incluso su labor fundamental como instituciones de ahorro y crédito. Sociales son por la forma como recogen y fomentan el ahorro; por la manera como lo invierten, atentas no a intereses particulares sino a los supremos intereses del bien común y de las clases ahorradoras, los estamentos medios y populares del país; por los créditos que conceden, y por las condiciones de estos mismos créditos, por toda su tarea, en suma*”. La frase no necesita comentario aunque en su defensa puede afirmarse que fue escrita en 1964. Lo que no entendemos es que un trabajo que se pretende de investigación rigurosa lo traiga a colación para justificar que las Cajas de Ahorro siguen siendo fundaciones-empresa. Que haya una tal VERDUGO que mantiene lo mismo en 1988 tiene menos disculpa y que la autora trate de desdecirse sin hacerlo del todo inmediatamente reconociendo que se ha producido un “*proceso de reduccionismo*” (!) en el carácter social de la actividad bancaria de las Cajas pero que la obra social “*no es lo único «social» dentro de las cajas de ahorro*” (lo que repetirá más adelante, p. 549 afirmando que “*no cabe inferir la desaparición de toda consideración social en su seno*”; y en p. 553 “*subsiste en ellas la vocación social que las caracterizó en sus orígenes*) es contrario a una regla elemental del discurso que se pretende científico: hacer afirmaciones refutables. O la actividad bancaria de las Cajas es “social” o no lo es. Si se pretende lo primero, hay que aportar pruebas al respecto: las Cajas conceden créditos a los pobres a precios por debajo de mercado y subvencionan los depósitos a los clientes más pobres, por ejemplo; las cajas sostienen oficinas que una administración ordenada de los recursos obligaría a cerrar, etc. Nada de eso parece que ocurra de modo significativo en la práctica. Por tanto, es

inaceptable académicamente que se reconozca que las Cajas han dejado de ser lo que fueron en el siglo XIX pero que se siga sosteniendo que un poquito, lo siguen siendo. Sencillamente porque de tal afirmación se sigue cualquier consecuencia.

Sorprende igualmente la ingenuidad de la autora al tragarse y hacer propias muchas afirmaciones que, simplemente, carecen de cualquier rigor académico y, por tanto, no deben figurar en una tesis doctoral. Las Cajas de Ahorro generan muchas publicaciones por parte de personas que –honradamente o no– defienden el *status* actual de las Cajas. Pero que esas opiniones se incorporen como si fueran dogmáticamente fundadas a una tesis doctoral indica falta de filtros en el trabajo que comentamos. Nuevamente, se echa de menos al director. Por ejemplo, es pura declamación la afirmación de que la obra benéfico social fue asumida por las Cajas “*como derecho y como deber*”; es risible citar a la misma VERDUGO para decir que las necesidades humanas “*no son fijas ni están definitivamente establecidas, sino que evolucionan y se modifican*”; es impropio de un investigador riguroso creerse sin pruebas que las Cajas han ido dando a la sociedad lo que “*la sociedad, y más concretamente, la zona de actuación de cada Caja demandan en cada momento*” (pp. 433-434). Ni una palabra sobre quién decide en qué se gasta el dinero; qué incentivos tienen para financiar qué actividades o proyectos; de qué forma el gobierno corporativo de las Cajas influye en los proyectos benéfico-sociales que son financiados; en qué medida los partidos políticos presentes en el gobierno de las Cajas a través de Ayuntamientos, Diputaciones y Comunidades Autónomas imponen los proyectos que han de financiarse. Parece que unos cuantos “*costes de agencia*” tenemos en todo esto. De paso, la autora confunde, a continuación, las normas sobre *inversiones* y las normas que regulan el destino de los *excedentes* de las Cajas (pp. 436-437).

8. El mismo grado de confusión y de acumulación de opiniones a menudo contradictorias se observa en el análisis de las Cajas como parte del “tercer sector” de la economía, esto es, por todas las actividades desarrolladas por entidades sin ánimo de lucro subjetivo pero que, a menudo, se realizan empresarialmente, esto es, con gestión organizada y profesional de los recursos económicos que utilizan. Las Universidades privadas, los hospitales de órdenes religiosas, la ópera o muchas residencias de ancianos representan ejemplos de este “tercer sector”. Decir que el tercer sector es producto de la crisis del Estado del Bienestar (p. 458) resulta increíble. Más bien parece que este tipo de “empresarios” surgen *cuando no hay Estado del bienestar* lo que explica por qué es de menor tamaño relativo en Europa –con Estados que gastan la mitad del producto interior bruto– y de mayor tamaño en Estados Unidos donde la prestación de servicios por el Estado tiene una menor importancia relativa. Lo que no entendemos es qué tiene esto que ver con un estudio jurídico de las Cajas ya que no parece que haya un régimen jurídico unitario del “tercer sector”. Y si lo que se pretende es decir que no hay ánimo de lucro subjetivo, de eso ya se ocupó la autora mucho antes. Otro gallo cantaría si la autora nos hubiera realizado un análisis de lo específico de las empresas sin ánimo de lucro subjetivo (que es su estructura de gobierno), análisis que los economistas llevan realizando desde hace muchos años y que sería muy útil incorporar al análisis jurídico de las Cajas de Ahorro y de las asociaciones, por ejemplo.

9. La ingenuidad de la autora se refleja igualmente en que acepta sin crítica alguna la presunta situación de inferioridad de las Cajas frente a los Bancos en lo que a la captación y ampliación de recursos propios se refiere (pp. 479-480). Es obvio que las cajas, que carecen de capital, no pueden ampliar capital. Pero en la desventaja está, también su ventaja: no han de remunerar al capital, de forma que pueden reservar los beneficios sin tener que repartir dividendos. La escasa importancia relativa de la obra social en el destino de los beneficios de las Cajas es prueba de ello. Pero es que, además, los aumentos de capital no son la vía ni siquiera preferente de financiación de las empresas. Las empresas se financian, en su mayor parte, a través de la reinversión de sus propias ganancias. Por otra parte, las Cajas pueden obtener financiación a través de emisión de acciones preferentes por parte de filiales, lo que han hecho a menudo; a través de emisiones de deuda y a través de la emisión de cuotas participativas aunque lo cierto es que esta figura no ha sido utilizada por las Cajas por razones que tienen que ver mucho, probablemente, con el *corporate governance* de las mismas. De otro lado, no se vé por qué ha de ser necesariamente bueno que las Cajas aumenten sus recursos propios “*con el claro propósito de permitir su crecimiento, expansión y consolidación*” (p. 481) porque no está nada claro que sea lo mejor para la sociedad española que los recursos estén invertidos cada vez en mayor medida por las Cajas de Ahorro en lugar de serlo por otros empresarios o por el Estado directamente. Nuevamente, es llamativa la ingenuidad de la autora aceptando que si las Cajas no pueden aumentar sus recursos propios peligra la Obra Social.

10. El análisis que sigue de los recursos propios de las Cajas y de las cuotas participativas tiene igualmente escaso interés ya que no extrae consecuencias relevantes para el régimen jurídico de las Cajas. Cuando aborda las perspectivas de reforma de las Cajas (p. 507 ss.), la exposición de las experiencias europeas resulta poco iluminadora y parece, más bien, un repaso turístico. La conclusión es que “*la entrada de capital privado en la entidad, por muchas que sean las cautelas establecidas, acaba por desembocar, necesariamente en su privatización absoluta*” (pp. 522-523). El análisis del caso italiano es muy incompleto ya que, como utiliza exclusivamente literatura española, se termina en 1993 siendo así que el proceso de privatización de las Cajas italianas ha tenido hitos posteriores en la llamada Ley *Ciampi* y la reforma del último año que ha incrementado el control público sobre las fundaciones a las que se atribuyeron las acciones de las cajas convertidas en sociedades anónimas. Los autores que hemos podido consultar afirman el fracaso aparente de la reforma porque las fundaciones no se han desprendido del control de los bancos que eran antes Cajas de Ahorro.

Cuando trata de sacar sugerencias para el Derecho español, estas se concretan en “*realizar un llamamiento a los poderes públicos de nuestro país, en especial al legislador, para que actúen con la mayor precaución posible ante cualquier intento de reforma del status de las cajas...*” (p. 531) lo que parece querer decir que en Europa, las cajas se han transformado por su imposibilidad de cubrir los coeficientes de solvencia de manera que en España sería un proceso innecesario. Esto, simplemente, no es cierto. La transformación de las *building societies* británicas en sociedades anónimas bancarias no ha tenido nada que ver con problemas de solvencia, sino con su transformación de entidades que, como las Cajas en origen, limitaban su actividad a aceptar depósitos y dar créditos hipotecarios vinculados, en auténticos bancos lo que, unido a que seguían existiendo “*dueños*” de tales sociedades ya que, a diferencia de las Cajas, no perdieron

su carácter mutualista, facilitó la conversión ante la posibilidad de ganancia que se abría para los miembros de las mismas a los que se atribuyeron las acciones correspondientes.

A continuación dedica varias páginas a explicar obviedades sobre la sociedad unipersonal, como instrumento para transformar las cajas en sociedades anónimas y entregar las acciones a una fundación. No hay problema. El problema está en “*su oportunidad y conveniencia en el momento actual*”. Sigue retrasando la conclusión (véase pp. 535-540 donde reitera las posibilidades de reforma) y, por fin, en la p. 543 concluye que como las Cajas españolas no tienen problemas de solvencia o eficiencia importantes, conviene dejar las cosas como están.

11. La última parte del libro está dedicada a la *intervención de los poderes públicos en las Cajas de Ahorros* (p. 545 ss.). Parece evidente que los títulos que legitiman la intervención son, por un lado, el carácter de entidades de crédito de las Cajas, lo que justifica su sometimiento a toda la normativa de supervisión y, por otro lado, su carácter de instituciones que carecen de propietarios y que han surgido por iniciativa, en la mayor parte de los casos, de instituciones públicas para cumplir una función social que hoy carece de sentido (combatir la usura y permitir ahorrar a los pobres). Como se debería entender inmediatamente, uno y otro título se refieren a aspectos diferentes del régimen jurídico de las cajas. El primero justifica la regulación de la *actividad bancaria* de las Cajas pero no justifica, en principio, una regulación intrusiva en su organización interna más allá de la que soportan los bancos (forma obligatoria de S.A., obligación de comunicar adquisiciones de participaciones significativas, registro de administradores bancarios y requisitos específicos para éstos...). El segundo justifica una regulación del *gobierno de las Cajas* y del control de sus inversiones más intervencionista que la que soportan las fundaciones porque las Cajas no son expresión de la voluntad de unas personas concretas de afectar un patrimonio a un fin (corolario del derecho de propiedad) y, por tanto, y como, a nuestro juicio correctamente, entendió el Tribunal Constitucional, la equiparación con las fundaciones y su consideración como ejercicio del derecho de fundación no parece exacta. Por otra parte, las Cajas no fueron producto autónomo de la “*sociedad civil*”. La participación pública en el nacimiento y desarrollo de las Cajas es notabilísima. La autora, sin embargo, insiste en mezclar los dos aspectos afirmando que lo que justifica la mayor intervención administrativa sobre las Cajas en relación con las fundaciones es su carácter de entidades de crédito (p. 549). Pero este es un mal camino porque tiene un escaso poder de convicción para determinar si una injerencia determinada es admisible o no en cuanto dicha injerencia no se produzca en relación con los Bancos, injerencias que son, precisamente, las que más problemas de legitimidad plantean. Por ejemplo, la participación de los poderes públicos en el gobierno de la Caja; la creación de “*comisiones mixtas*” entre las Cajas y las autoridades autonómicas para decidir sobre la *Obra social*; el sometimiento de los miembros del Consejo de Administración de una Caja a las normas aplicables a los miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma –y, por tanto, al estatuto de un cargo público–; las limitaciones de edad o de posibilidades de reelección para los miembros de los Consejos de Administración; la obligación de solicitar autorización administrativa previa a la realización de inversiones, etc.

Aborda a continuación la autora la justificación de la intensa regulación administrativa a la que están sometidas las entidades de crédito. Para un mercantilista como el que suscribe, la discusión de los administrativistas acerca de la relación de sujeción especial de los bancos resulta abstrusa e innecesaria. Nos parece una barbaridad, en 2003, que se sostenga – como hace la autora citando a T. RAMÓN FERNÁNDEZ que los bancos “*ingresan*” en un ordenamiento sectorial, “*en un grupo organizado que encabeza, dirige y orienta la propia Administración*” (p. 574). No vamos a discutir que esta afirmación fuera correcta en 1989, cuando la hizo el autor, pero hoy no lo es. La autorización para abrir un banco en España es reglada para cualquier ciudadano europeo desde la liberalización provocada por las Directivas europeas en la materia y, sobre todo, la justificación de la intervención administrativa sobre la base de los intereses generales permite explicar suficientemente tanto las medidas concretas como, sobre todo, los *límites* a tal intervención sobre la base de los derechos fundamentales de los particulares a la libertad de empresa, derecho de propiedad y autonomía privada en general. La autora se apunta a la doctrina de los “ordenamientos sectoriales” (p. 580-84) para explicar la especial intensidad de la intervención administrativa en el sector del crédito pero, sinceramente, no vemos en qué medida afirmar que el Derecho público bancario es un ordenamiento sectorial nos permite afinar en el análisis de la legitimidad y los límites de las medidas administrativas concretas que limitan la libertad de los bancos para actuar como les parezca porque, o bien, legitima cualquier medida, con lo cual su carácter erróneo sería palmario, o bien legitima sólo algunas y, en tal caso, nos faltaría, de nuevo, el elenco de criterios concretos que permitieran distinguir qué intervenciones son legítimas y cuáles no. La escasa utilidad analítica de los instrumentos utilizados por la autora se reflejan en las conclusiones (p. 584): “*la intervención de los poderes públicos en el sector del crédito es, por tanto, una realidad constitucionalmente amparada y legitimada... (y) la integración de las entidades que lo conforman en un ordenamiento sectorial de características privativas y específicas justifica, además, que tal injerencia sea aún más cualificada que en otras actividades económicas privadas*”. La verdad es que, para decir tal cosa, no necesitamos teoría alguna. La especial intervención administrativa en el sector del crédito está justificada por dos tipos de razones. Por un lado, porque los bancos crean dinero y, por tanto, afectan a la cantidad de dinero en circulación en una Economía y, por otro, por el llamado *riesgo sistémico* que provocan las dificultades de solvencia de un banco concreto sobre el resto del sector financiero y de la Economía en general. Los bancos son empresas especialmente endeudadas y con una estructura de balance muy diferente a la de una empresa manufacturera. Estos criterios generales intermedios son los que pueden proporcionar puntos de apoyo para el análisis de legitimidad de la intervención administrativa y no la afirmación genérica de que el Derecho público bancario es un ordenamiento sectorial o que los bancos están sometidos a una relación de sujeción especial respecto de la administración, afirmaciones puramente descriptivas.

12. La parte dedicada al *gobierno corporativo* de las Cajas de ahorro tampoco extrae conclusiones de interés. Se limita a narrar los cambios normativos y a examinar problemas escasamente relevantes (como el de si los grupos municipales tienen derecho a una representación “proporcional” en la Caja distribuyéndose entre ellos los consejeros designados por la corporación municipal o el grupo mayoritario en el ayuntamiento puede nombrar a todos los consejeros que corresponde al ayuntamiento designar pp. 648 ss.). Pero no entra a examinar la justificación de la constitucionalidad de la “expropiación de la gestión” que supusieron el

Decreto Ley de 1977 y la LORCA en 1985 y, ni siquiera, expone las diferencias entre el régimen de gobierno previo a 1977 y el instaurado por tal Decreto Ley. Tampoco presenta conclusiones cuando aborda si, conforme al Derecho comunitario, las Cajas de Ahorro han de considerarse empresas públicas a los efectos del art. 2 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión de 25 de junio de 1980 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas; tampoco obtiene conclusiones seguras respecto a la obligación de “regionalizar” las inversiones de las Cajas sin enmarcar adecuadamente el tema en el de los coeficientes de inversión obligatoria, cuestión que trata a continuación (p. 669 ss.) y de la que tampoco obtiene conclusiones acerca de la legitimidad de las normas regionales que obligan a las Cajas a concentrar en la región un determinado volumen de sus inversiones confundiendo nuevamente (p. 680) “destino de los excedentes” de las cajas con destino de las inversiones de los activos de las Cajas. Sigue la autora mostrando temas pero sin explicarnos la conexión entre unos y otros y de qué modo las conclusiones alcanzadas en unos afectan al discurso subsiguiente (libertad de apertura de oficinas, fusión entre Cajas...), discurso que no se eleva por encima de generalidades. La mejor prueba es una nota a pie de página (la número 1423) en la que la autora cita a ARIÑO diciendo que *“cuestiones tales como la interdicción de la arbitrariedad, el principio de igualdad, el derecho de fundación, la libertad de empresa o la seguridad jurídica son sistemáticamente obviadas en su jurisprudencia (la del Tribunal Constitucional) sobre las Cajas”*. Con no ser cierto, la autora obvia cualquier discusión de la legitimidad de la legislación estatal y autonómica sobre la materia en relación con todos los temas indicados por ARIÑO aun cuando dedica un abundante número de páginas a recoger lugares comunes sobre muchos de ellos. Pero, - nuevamente la ingenuidad - la autora se limita a decir (p. 706) que *“habría sido deseable una mayor claridad”* en la jurisprudencia constitucional y a sugerir que *“nada obstaba, en efecto, al mantenimiento del sistema organizativo, democrático y representativo que establecía la LORCA siempre y cuando ésta se mantuviera dentro de los límites constitucionales que consagran los artículos 34 y 38 de la Constitución respecto a una institución tan peculiar como es la Caja de Ahorros”*. Una petición de principio más evidente no es posible. El problema no es decir que sería constitucional una regulación de las Cajas que se atuviera a los dispuesto en los artículos 34 y 38 CE sino decir qué regulación respeta tales derechos en el caso peculiar de las Cajas y qué medidas de las contenidas en la LORCA o en la legislación complementaria de las Comunidades Autónomas infringe tales derechos, sobre todo cuando la tesis del Tribunal Constitucional afirma que ni el 34 ni el 38 son derechos fundamentales de las Cajas. Pero de eso la autora no nos dice nada. Por supuesto, tampoco dice nada acerca del debate político sobre la privatización que no sea la narración periodística de los cambios introducidos por la Ley financiera 44/2002.

13. Lo más lamentable es que la tesis doctoral recogida en el libro que comentamos no es la peor que uno ha podido leer, está en el nivel medio de las tesis españolas de Derecho en los últimos años; mereció sobresaliente *cum laude* de una comisión juzgadora muy prestigiosa; viene prologada por el más importante jurista español vivo y está publicada en una editorial que ya tiene cierta solera... ¡Qué pena!