

InDret

Valoració d'una tesi sobre el règim de les Caixes d'Estalvi

*Recensió a Anabelén Casares Marcos, Cajas de Ahorro: Naturaleza
jurídica e intervención pública, Tirant lo Blanc, València, 2003*

Jesús Alfaro Águila-Real
Facultat de Dret
Universitat Autònoma de Madrid

Working Paper núm.: 187
Barcelona, gener de 2004
www.indret.com

1. Es tracta d'un llibre que aborda la qüestió de la naturalesa jurídica de les Caixes d'Estalvi. Durant més de 700 pàgines l'autora analitza, en primer lloc, els orígens històrics d'aquestes entitats de dipòsit i crèdit per, a continuació, examinar si és correcte qualificar-les com a fundacions i, més concretament, com a fundacions-empresa. Tot seguit fa referència als títols de què disposa l'Estat per a regular-les, títols que estan limitats tant per la naturalesa privada de les Caixes com per l'assumpció de competències en la matèria per part de les Comunitats Autònomes.

2. Les conclusions són molt pobres. Bona part del llibre és una reproducció –no ja d'idees sinó– de frases alienes. Pàgines i més pàgines són reproduccions d'opinions no especialment brillants d'autors no especialment brillants. Les notes són desproporcionades (hi ha més de 1450 notes al peu i les repeticions són molt nombroses; vegeu, per exemple, les referències fora de context al Decret de 29 de juny de 1853 que es troben, fins i tot, a la p. 625 nota 1279) i el contingut no descriptiu del treball és molt escàs. L'autora fa el que podríem anomenar, metafòricament, una anàlisi sintàctica del títol del seu treball. Aborda successivament tots els temes que poden tenir relació amb el que és l'objecte del llibre sense realitzar tractaments monogràfics, però tampoc sense extreure conseqüències interessants de cadascun dels temes generals per a aplicar-los a l'anàlisi dels problemes específics del règim jurídic de les Caixes d'Estalvi. Així, per exemple, la seva anàlisi del concepte de fundació; de la llibertat d'empresa; del concepte de bases a la Constitució; del concepte d'empresari mercantil; de la legislació bancària com a ordenament sectorial; del sector no lucratiu de l'Economia resulta una simple acumulació d'opinions sense que el lector sigui capaç d'esbrinar per què l'autora entra en els temes i, sobretot, quins resultats rellevants n'obté per a poder dir quelcom interessant sobre les Caixes d'Estalvi.

3. L'anàlisi històrica és molt poc interessant. Els juristes no són bons historiadors –no tenen perquè ser-ho– i llurs incursions en la història institucional no resulten, normalment, en avenços per al coneixement donada la tendència molt marcada a examinar-ne l'objecte sobre la base exclusiva de les normes que, successivament, han regulat la institució sense ponderar l'eficàcia relativa de cadascuna d'elles i el seu entorn econòmic, social i polític corresponent. Això passa a l'autora amb el Decret de 1853 (p. 66 i s., per exemple, perquè l'autora en repeteix la referència a moltes pàgines) que fou suspès al poc temps de la seva entrada en vigor, precisament perquè en ordenar a les Caixes que col·loquessin els seus dipòsits en deute públic provocà retirades massives de fons per part dels impositors, temorosos que l'Estat expropiés els seus estalvis. Però el que és pitjor és que, per exemple, amb el repàs de la normativa aplicable a les Caixes durant els segles XIX i XX (p. 63-87), el lector no resol qüestions tan transcendents com ara el *destí dels excedents de les caixes*, destí que és fonamental per a determinar la naturalesa jurídica de la Caixa. En efecte, si la Caixa ha de destinar els seus excedents a estimular els impositors millorant el tipus d'interès que paga pels dipòsits, la Caixa té trets clarament mutualistes. Si, pel contrari i com succeeix a partir del primer quart de segle XX, les Caixes han de destinar els seus excedents a l'anomenada obra benèfico-social, sembla evident que pot predicar-se amb major seguretat el seu caràcter fundacional.

4. Les afirmacions de l'autora sobre la naturalesa jurídica no van molt més enllà de llocs comuns, uns de certs i altres de falsos, sobre el caràcter benèfic de les Caixes, la seva naturalesa fundacional *sui generis* i el seu doble caràcter d'entitats de dipòsit i crèdit i d'entitats sense ànim de lucre i finalitats d'interès general. Aquesta descripció per composició és especialment desafortunada perquè suposa acumular dos trets que no són homogenis. Que les caixes siguin entitats de dipòsit i crèdit fa referència al seu *objecte social* o *corporatiu* mentre que el seu caràcter d'empreses sense ànim de lucre i el destí a obres socials dels seus excedents fa referència al *fi* de la corporació. La primera qualificació és rellevant per a justificar l'aplicació a les Caixes del règim de supervisió bancari. La segona qualificació és la que ha portat la majoria d'autors a considerar-les fundacions *sui generis*. Però l'autora dedica dos-cents pàgines a descriure –que no analitzar– de forma genèrica els trets propis de la fundació com a corporació que la distingeixen d'altres corporacions sense que, novament, el nostre coneixement sobre el tema –de les fundacions– o de les Caixes en aquest context augmenti després de la lectura.

5. Pot afirmar-se el mateix del capítol segon (p. 195-377) on l'autora torna, novament, a ocupar-se de problemes genèrics (quan la llibertat d'empresa, el concepte d'empresari mercantil) sense aportar res en absolut a la discussió i realitzant una simple descripció no massa afortunada de les opinions tampoc interessants en excés dels administrativistes que s'han ocupat de l'art. 38 de la Constitució. Frases com "*lo primero que llama la atención (de l'art. 38 CE) es el hecho mismo de su reconocimiento expreso*" en un treball que no s'ocupa de la llibertat d'empresa, sinó de les Caixes d'Estalvi resulta, com a mínim, una ingenuïtat que el director de la tesi hauria d'haver corregit. Però les objeccions continuen al llarg de les pàgines següents: que és un dret per a la protecció del qual no hi ha recurs d'empara; que és ambigu i difícil de concretar; que és la "*pedra angular... punto de partida, pilar básico o punto clave*" de la Constitució econòmica (la millor doctrina al respecte entén que no existeix quelcom com una constitució econòmica, sinó limitacions als poders públics derivats del reconeixement dels drets fonamentals –també els econòmics– als particulars); o que els preceptes constitucionals no han d'interpretar-se aïlladament (305-306) o, després d'haver recollit l'afirmació segons la qual a la Constitució hi cap qualsevol model econòmic l'afirmació segons la qual "*sin embargo... instaure un sistema flexible en el que caben distintas opciones*", opcions que van des del liberalisme més extrem fins a un sistema econòmic amplament socialitzat. No entenem, per tant, el "*sin embargo*" però, sobretot, no entenem què té a veure tot això amb les Caixes d'Estalvi. Continua examinant el contingut essencial de la llibertat d'empresa i s'ocupa de si és una garantia institucional o un dret subjectiu i en justifica les discrepàncies doctrinals per ser "*fruto de la propia amplitud del enunciado del precepto*", pensant, tal vegada, que el constituent hauria d'haver resolt els problemes als juristes aclarint quina naturalesa s'havia d'atribuir a aquesta llibertat. La ingenuïtat de l'autora es desborda quan reconeix 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*" i conclou que, com que la Constitució no distingeix, nosaltres tampoc, de forma que la llibertat d'empresa és una garantia institucional i un dret fonamental (315-316): ¡no hi ha res com l'eclecticisme! Les mateixes objeccions i generalitats són les que es contenen a les pàgines dedicades a analitzar el contingut essencial de la llibertat d'empresa citant MARTÍNEZ VAL juntament amb RUBIO LLORENTE o PREDIERI i MORISI repetint una i altra vegada (p. 317 i p. 319) que el precepte constitucional és molt poc concret. Quan gosa definir el contingut essencial del

dret fonamental 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). Com que no hi ha cap llibertat que sigui absolutament incondicionada i tampoc no hi ha cap llibertat que no impliqui, com a mínim, el respecte per part dels poders públics de les facultats que genera per al seu titular, no vegem quin significat té aquesta frase. L'eclecticisme, un cop més, salva l'autora quan afirma que un tal BALADO RUIZ *“ha reivindicado la necesidad de llegar a un equilibrio en esta materia”* (p. 320). Aquest tipus de frases són irrefutables perquè suposo que a ningú no se li ocorreria *“reivindicar”* la necessitat d'arribar a un desequilibri en la matèria. Bé sí, a nosaltres, un desequilibri a favor de la llibertat individual que exigeix a l'Estat que justifiqui d'acord amb els principis de necessitat, adequació i proporcionalitat qualsevol ingerència en la llibertat de la gent per a guanyar-se la vida de forma independent i com cregui convenient. Però d'aquest tema — que és *“el”* tema de la llibertat d'empresa — l'autora no ens en conta res. La recopilació la porta a estar d'acord amb opinions contradictòries (vegeu, per exemple, p. 322 i p. 323, les opinions de MUÑOZ MACHADO/BAÑO LEÓN i ARAGÓN REYES sobre si la llibertat d'empresa té o no contingut essencial) o a afirmar que el contingut essencial — i per tant, no reductible pels poders públics — és *“la posibilidad de... constituir la empresa y de decidir sobre las distintas opciones relacionadas con la actividad que desempeña”* (p. 330) i a afirmar simultàniament que aquests drets estan *“condicionados, lógicamente, por las limitaciones que en nombre del interés general sean establecidas en normas con rango de ley”* (p. 331). Però, és igual. Ni tan sols és veritat que les limitacions hagin de provenir de normes amb rang legal. Però el paper ho aguanta tot. Després de recollir qualsevol bogeria sobre el tema (l'opinió de BROSA BALLESTEROS si és com l'autora la resumeix a les p. 333-334 és simplement delirant) conclou que no som davant d' *“una tarea fácil”* encara que, afortunadament, no li toca a ella realitzar-la, sinó *“al Tribunal Constitucional”* (p. 335). ¡Pobre Tribunal Constitucional i pobres tribunals si els juristes que escriuen no els donen un cop de mà!

És obvi que qualsevol doctorand ha d'estudiar els temes generals per a poder realitzar alguna aportació a l'anàlisi específica de la institució de què s'ocupa, però és obvi també que el director de tesi ha d'assegurar que tot el que ha estudiat la doctoranda no acabi recollit en el llibre que resulta de la tesi. Es troba en falta el control rigorós del treball del doctorand per part del director. Encara més. L'autora no necessitava dir ni una sola paraula sobre la llibertat d'empresa en general per a examinar el problema de si l'extraordinària intervenció pública en l'àmbit financer constitueix una ingerència inconstitucional en la llibertat d'empresa. Si no aconseguí extreure cap idea centrada i sensata sobre el tema després de la lectura de la literatura espanyola, hauria d'haver renunciat al seu objectiu i entrat directament en l'anàlisi de la constitucionalitat de les limitacions concretes a la llibertat d'actuació de les Caixes d'Estalvi, qüestió aquesta que, al nostre parer, està ben resolta a la sentència del Tribunal Constitucional, encara que els arguments utilitzats no siguin els pertinents.

6. A aquesta qüestió estan destinades les pàgines següents on s'hi tornen a acumular la reproducció d'opinions alienes i les obvietats. Així, l'autora s'apunta a la majoria que criticà la STC 49/1988 per a concloure que, en la seva opinió, les Caixes estan protegides per la llibertat d'empresa però sense dir-nos aleshores perquè una regulació dels òrgans de govern de les Caixes com la que establí la LORCA de 1985, que atribueix a entitats públiques la majoria dels llocs al Consell d'Administració i a l'Assemblea General de les Caixes i, per tant, *“publica”* el control de

les Caixes, no és inconstitucional (p. 345). No entenem com, a continuació, es planteja la qüestió de si són empreses mercantils o no, si sembla que ja havia resolt que es troben a l'art. 38 CE (p. 345 i s.). Les pàgines corresponents són un simple reguitzell d'opinions on es fa dir a GIRÓN, per exemple, 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 deguem a GARRIGUES haver cridat l'atenció sobre *“la confusión entre empresa y sociedad anónima”*. Suposo que no hi ha ningú menor de 60 anys que tingui cap dubte al respecte. Després, pàgines i pàgines sobre la distinció entre lucre objectiu i lucre subjectiu. Després (379-385), torna a la fundació, conclouent solemnement 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...”* Suposo que l'hi haurà estat difícil trobar algú que comparteixi una visió immobiliària i curta de mires. Novament, creiem que el Tribunal Constitucional encertà plenament en afirmar que les Caixes d'Estalvi no constitueixen una expressió del dret de fundació a què es refereix l'article 34 de la Constitució i que la llibertat d'empresa no es veu directament afectada per aquesta regulació.

7. El següent capítol es dedica a les Caixes com a fundació-empresa. L'autora hi defineix aquesta figura com a *“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). Distingeix correctament entre fundacions que realitzen activitats empresarials com una forma d'aconseguir fons per a finançar les activitats d'interès general que desenvolupen i fundacions que realitzen pròpiament les activitats empresarials com a forma de consecució del fi fundacional (aquestes serien fundacions-empresa en sentit estricte). Però després afegeix 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 hi ha dubtes que les fundacions poden portar a terme activitats empresarials (art. 24 Llei de Fundacions, que sembla acceptar la distinció que acabem de realitzar), per la qual cosa no s'entenen les pàgines 394-418 en què es planteja la qüestió per a concloure que la Llei de Fundacions vigent *“ha supuesto el reconocimiento abierto y decidido de la actividad económica fundacional”*.

El que sembla no distingir l'autora és la diferència entre el paràgraf primer i el paràgraf segon de l'esmentat article 24 LF. El primer d'aquests limita l'activitat econòmica realitzada *directament* per la fundació a aquelles que tinguin per objecte una activitat relacionada amb els fins fundacionals (per exemple, la «Fundación Cultural del Notariado» que porta a terme una activitat editorial de publicació de llibres jurídics és una fundació-empresa per quant és la pròpia activitat empresarial –l'editorial– la que fa avançar el fi fundacional: la promoció dels estudis jurídics) i el segon fa referència a la possibilitat que les fundacions siguin *titulars* d'empreses participant com a socis o partícips en el capital social de societats que desenvolupen qualssevol activitats empresarials (per exemple, la «Fundación Ramón Areces» que és titular d'un percentatge significatiu de les accions de «El Corte Inglés S.A.». L'activitat de distribució comercial de «El Corte Inglés S.A.» no fa progressar de cap manera el fi fundacional de la «Fundación Ramón Areces», simplement li proporciona els fons que la «Fundación Ramón Areces» destina als seus fins fundacionals –la promoció de la ciència i de la investigació a Espanya–). Les Caixes semblen fundacions-empresa en sentit estricte ja que la activitat econòmica empresarial (ser entitats de dipòsit i crèdit) és

portada a terme per la pròpia “fundació”. Però, alhora, resulta difícil acceptar que ben entrats al segle XXI i amb quasi vint mil dòlars de renda per càpita i essent Espanya un dels països més bancaritzats d'Europa, la realització de les activitats pròpies d'un banc en *les mateixes condicions* que un banc i amb l'objectiu de *maximitzar els guanys* que puguin obtenir-se amb aquesta activitat constitueixi el desenvolupament de *“actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas”*.

Els fins fundacionals de les Caixes es portaven a terme per mitjà de l'activitat econòmica de dipòsit i préstec al segle XIX quan representaven l'única opció d'accés al crèdit i a l'estalvi per als pobres i serviren per a combatre la usura, única forma de crèdit a mans dels més pobres, però *avui* aquestes activitats de dipòsit i crèdit ja no poden qualificar-se com a l'objecte relacionat amb el fi fundacional. Perquè avui el fi fundacional de les Caixes ve determinat pel destí dels seus beneficis: el finançament de projectes culturals, d'investigació, etc. La conseqüència és que les Caixes d'Estalvi no són fundacions-empreses i que la seva activitat és instrumental del seu fi fundacional *present*, que no és altre que el de realitzar obres socials en els sectors de la cultura, la investigació etc. La relació entre la Caixa com a empresa financera i la Caixa com a fundació és idèntica a la relació entre «El Corte Inglés S.A.» i la «Fundación Ramón Areces». Allò curiós i específic de les Caixes és que no s'han escindit en una “empresa” i una fundació. Al final, té raó el Tribunal Constitucional quan afirma que, com a fundacions, les Caixes són fundacions *sui generis* perquè la seva activitat econòmica —que és allò que les distingeix de qualsevol altra fundació— no s'exercita com a mitjà de desenvolupament del fi fundacional, sinó com a mitjà per a aplegar fons per a la consecució del fi (re)fundacional: una millor realització de l'obra benèfico-social emparant-se ambdues sota la mateixa persona jurídica. No en va, quan els italians han reformat les seves Caixes d'Estalvi han separat ambdues convertint les Caixes en societats anònimes i atribuint la titularitat de les accions d'aquestes darreres a Fundacions molt controlades pels poders públics. I tampoc no en va, les Caixes han creat fundacions a les que aporten fons que es destinen a les activitats pròpies de l'obra social (autoritzades per l'Orde de 19 de juny de 1979).

L'autora insisteix en la *“duplicidad inherente a la propia naturaleza de la caja”* (p. 425) i conclou, citant 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”*. Però la pregunta immediata és: quins fins socials porta a terme una Caixa d'Estalvis quan actua com a entitat financera?: crèdits a menor interès per als pobres?; dipòsits a major interès per als pobres? Conseqüentment, l'aspecte funcional ha desaparegut per complet, encara que existia i era l'exclusiu a la segona meitat del segle XIX quan les normes vigents obligaven les Caixes a destinar els excedents de llur activitat a estimular els estalviadors oferint-los interessos atractius per als seus estalvis o premiant la seva constància en l'estalvi o “desempenyorant” el que hom havia empenyorat al Mont de Pietat.

En definitiva, si es vol afirmar que les Caixes d'Estalvi tenen una *“vertiente fundacional”* (p. 427), aquest és el que fa referència al fet que els excedents de la caixa estan destinats per llei a un fi

d'interès general (l'obra benèfico-social), no perquè la realització per les Caixes d'una activitat econòmica sigui la forma en què les Caixes desenvolupen els seus fins fundacionals perquè és obvi que per mitjà de l'activitat financera no es desenvolupa, durant el segle XXI, cap fi d'interès general: ni es fomenta l'estalvi de les classes més necessitades, ni es combat la usura ni es garanteix l'accés de tota la població als serveis bancaris en condicions mínimament satisfactòries. Si es vol (vegeu, p. 713 i nota 1442), en llenguatge més modern, les Caixes avui no tenen com a funció la *"movilización del ahorro popular"*, ni la lluita contra *"la exclusión financiera tanto personal como geográfica"*, ni *"mantener la competencia en el sistema financiero"*, almenys, no per su peculiar naturaleza. Naturalment que si les Caixes conformen la meitat del sistema financer, la seva desaparició (sense substitució per entitats d'una altra naturalesa) reduiria les possibilitats de mobilitzar l'estalvi o augmentaria l'exclusió financera o reduiria la competència en el mercat financer, però d'allò que es discuteix no és d'això, sinó de si aquestes funcions les compleixen les Caixes per ser Caixes i no per ser entitats de crèdit.

No s'entén, per tant, que l'autora —en el reguitzell d'opinions que encadena— torni (p. 429) a les raons que justificaren la fundació de les Caixes d'Estalvi al segle XIX (*"la difusión de las virtudes del ahorro"*) i tracti de mantenir viu semblant fi com a propi de les Caixes d'Estalvi de l'actualitat. La ingenuïtat de l'autora arriba al punt màxim quan cita com a autoritat acadèmica en la matèria la pròpia «Confederación Española de Cajas de Ahorro», a la qual fa dir 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 necessita comentari encara que en la seva defensa pot afirmar-se que fou escrita el 1964. El que no entenem és que un treball que es pretengui d'investigació rigorosa la porti a col·lació per a justificar que les Caixes d'Estalvi continuen essent fundacions-empresa. Que hi hagi una tal VERDUGO que ho afirmi el 1988 té menys disculpa i que l'autora tracti de desdir-se sense fer-ho del tot reconeixent immediatament que s'ha produït un *"proceso de reduccionismo"* (!) en el caràcter social de l'activitat bancària de les Caixes, però que l'obra social *"no es lo único «social» dentro de las cajas de ahorro"* (cosa que repetirà més endavant, p. 549 afirmant que *"no cabe inferir la desaparición de toda consideración social en su seno"*; i a la p. 553 *"subsiste en ellas la vocación social que las caracterizó en sus orígenes"*) és contrari a una regla elemental del discurs que es pretén científic: fer afirmacions refutables. O l'activitat bancària de les Caixes és "social" o no ho és. Si es pretén el primer, s'han d'aportar proves al respecte: com a exemples que les Caixes concedeixen crèdits als pobres a preus per sota de mercat i subvencionen els dipòsits dels clients més pobres; que les Caixes mantenen oficines que una administració ordenada dels recursos obligaria a tancar, etc. Res d'això sembla que ocorri de forma significativa a la pràctica. Per tant, és inacceptable acadèmicament que es reconegui que les Caixes han deixat de ser el que foren al segle XIX però que es continuï afirmant que ho continuen essent un poquet. Senzillament, perquè hom ha de ser conseqüent amb les afirmacions que fa.

Sorpren igualment la ingenuïtat de l'autora en empassar-se i fer seves moltes afirmacions que, simplement, manquen de qualsevol rigor acadèmic i, per tant, no haurien de figurar en una tesi doctoral. Les Caixes d'Estalvi generen moltes publicacions per part de persones que —

honradament o no— defensen l'*status* actual de les Caixes. Però que aquestes opinions s'incorporin com si estiguessin dogmàticament fundades a una tesi doctoral indica falta de filtres en el treball que comentem. Novament, es troba en falta el director. Per exemple, és pura declamació l'afirmació que l'obra benèfic-social fou assumida per les Caixes "*como derecho y como deber*"; és risible citar la mateixa VERDUGO per a dir que les necessitats humanes "*no son fijas ni están definitivamente establecidas, sino que evolucionan y se modifican*"; és impropri d'un investigador rigorós creure sense proves que les Caixes han anat proporcionant a la societat el que "*la sociedad, y más concretamente, la zona de actuación de cada Caja demandan en cada momento*" (p. 433-434). Ni una paraula sobre qui decideix en què es gasten els diners, quins incentius tenen per a finançar determinades activitats o projectes; de quina forma el govern corporatiu de les Caixes influeix en els projectes benèfic-socials que són finançats; en quina mesura els partits polítics presents al govern de les Caixes mitjançant Ajuntaments, Diputacions i Comunitats Autònomes imposen els projectes que han de finançar-se. Pel que sembla, tots hi tenim uns quants "costs d'agència". De pas, l'autora confon, a continuació, les normes sobre *inversions* i les normes que regulen el destí dels *excedents* de les Caixes (p. 436-437).

8. El mateix grau de confusió i d'acumulació d'opinions, sovint contradictòries s'observa en l'anàlisi de les Caixes com a part del "tercer sector" de l'economia, això és, l'àmbit integrat per totes les activitats portades a terme per entitats sense ànim de lucre subjectiu però que, sovint, són realitzades empresarialment, és a dir, d'acord amb una gestió organitzada i professional dels recursos econòmics utilitzats. Les Universitats privades, els hospitals d'ordes religiosos, l'òpera o moltes llars d'ancians són exemples d'aquest "tercer sector". Dir que el tercer sector és producte de la crisi de l'Estat del benestar (p. 458) resulta increïble. Més bé sembla que aquest tipus d'"empresaris" sorgeixen *quan no hi ha Estat del benestar*, cosa que explica perquè té una menor importància relativa a Europa —on hi ha Estats que gasten la meitat del producte interior brut— i té més envergadura als Estats Units on la prestació de serveis per l'Estat té una menor importància relativa. El que no entenem és que té això a veure amb un estudi jurídic sobre les Caixes, ja que no sembla que hi hagi un règim jurídic unitari del "tercer sector". I si el que pretén és dir que no hi ha ànim de lucre subjectiu, l'autora ja se n'havia ocupat molt abans. Un altre gall cantaria si l'autora ens hagués fet una anàlisi del que és específic de les empreses sense ànim de lucre subjectiu (que és la seva estructura de govern), anàlisi que els economistes realitzen des de fa anys i que seria molt útil incorporar a l'anàlisi jurídica de les Caixes d'Estalvi i de les associacions, sense anar més lluny.

9. La ingenuïtat de l'autora es reflecteix igualment quan accepta sense cap mena de crítica la presumpta situació d'inferioritat de les Caixes envers els Bancs pel que fa a la captació i ampliació dels recursos propis (p. 479-480). És obvi que les Caixes, que manquen de capital, no poden ampliar capital. Però en aquest desavantatge hom també hi troba el seu avantatge: no han de remunerar el capital, de forma que poden reservar els beneficis sense haver de repartir dividendes. L'escassa importància relativa de l'obra social en el destí dels beneficis de les Caixes n'és prova. Però és que, a més, els augments de capital no són la via, ni tan sols preferent, de finançament de les empreses. Les empreses es financen, en la seva major part, mitjançant la reinversió dels propis guanys. Per una altra banda, les Caixes poden obtenir finançament mitjançant l'emissió d'accions

preferents per part de filials, cosa que han fet sovint; mitjançant emissions de deute i mitjançant l'emissió de quotes participatives, encara que el cert és que aquesta figura no ha estat gaire utilitzada per les Caixes per raons que probablement tenen molt a veure amb el *corporate governance* d'aquestes. Per altra banda, hom no veu perquè ha de ser necessàriament bo que les Caixes augmentin els seus recursos propis "*con el claro propósito de permitir su crecimiento, expansión y consolidación*" (p. 481), car no és gens clar que sigui el millor per a la societat espanyola que els recursos siguin invertits cada cop en major mesura per les Caixes d'Estalvi enlloc de ser-ho per altres empresaris o directament per l'Estat. Novament, és cridanera la ingenuïtat de l'autora acceptant que si les Caixes no poden augmentar llurs recursos propis perilla l'Obra Social.

10. L'anàlisi que continua dels recursos propis de les Caixes i de les quotes participatives desperta igualment un interès molt escàs, car no n'extreu conseqüències rellevants per al règim jurídic de les Caixes. Quan aborda les perspectives de reforma de les Caixes (p. 507 i s.), l'exposició de les experiències europees resulta poc il·luminadora i sembla, més bé, un repàs turístic. La conclusió és que "*la entrada de capital privado en la entidad, por muchas que sean las cautelas establecidas, acaba por desembocar, necesariamente en su privatización absoluta*" (p. 522-523). L'anàlisi del cas italià és molt incompleta ja que, com que utilitza exclusivament literatura espanyola, s'acaba el 1993, quan el procés de privatització de les Caixes italianes ha tingut fites posteriors en l'anomenada Llei *Ciampi* i en la reforma dels darrers anys que ha incrementat el control públic sobre les fundacions a què s'atribuïren les accions de les Caixes convertides en societats anònimes. Els autors que hem pogut consultar afirmen el fracàs aparent de la reforma perquè les fundacions no s'han després del control dels bancs que abans eren Caixes d'Estalvi.

Quan intenta extreure'n suggeriments per al Dret espanyol, aquests es concreten 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), el que sembla voler dir que a Europa les Caixes s'han transformat per la seva impossibilitat de cobrir els quoficients de solvència, de manera que a Espanya aquest seria un procés innecessari. Això, simplement, no és cert. La transformació de les *building societies* britàniques en societats anònimes bancàries no ha tingut res a veure amb problemes de solvència, sinó amb la seva transformació d'entitats que, com les Caixes en el seu origen, limitaven la seva activitat a acceptar dipòsits i donar crèdits hipotecaris vinculats en autèntics bancs, el que –unit a que continuaven essent "amos" d'aquestes societats ja que, a diferència de les Caixes, no perderen llur caràcter mutualista– en facilità la conversió davant la possibilitat de guany que s'obria per als seus membres a qui s'atribuïren les accions corresponents.

A continuació dedica diverses pàgines a explicar objietats sobre la societat unipersonal, com a instrument per a transformar les Caixes en societats anònimes i lliurar les seves accions a una fundació. Cap problema. El problema està en "*su oportunidad y conveniencia en el momento actual*". Continua retardant la conclusió (vegeu p. 535-540 on reitera les possibilitats de reforma) i, a la fi, a la p. 543 conclou que com que les Caixes espanyoles no tenen problemes de solvència o eficiència importants, convé deixar les coses com estan.

11. La darrera part del llibre està dedicada a la *intervenció dels poders públics en les Caixes d'Estalvi* (p. 545 i s.). Sembla evident que els títols que legitimen la intervenció són, per una banda, el caràcter d'entitats de crèdit de les Caixes, fet que justifica el seu sotmetiment a la normativa de supervisió i, per altra banda, el seu caràcter d'institucions que manquen de propietaris i que han sorgit per iniciativa, en la major part dels casos, d'institucions públiques per a complir una funció social que avui manca de sentit (combatre la usura i permetre estalviar als pobres). Immediatament s'hauria d'entendre que un i altre títol fan referència a aspectes diferents del règim jurídic de les Caixes. El primer justifica la regulació de l'*activitat bancària* de les Caixes però no justifica, en principi, una regulació intrusiva en la seva organització interna més enllà de la que suporten els bancs (forma obligatòria de S.A., obligació de comunicar adquisicions de participacions significatives, registre d'administradors bancaris i altres requisits específics per aquests...). El segon justifica una regulació del *govern de les Caixes* i del control de les seves inversions més intervencionista que la que suporten les fundacions perquè les Caixes no són expressió de la voluntat d'unes persones concretes d'afectar un patrimoni a un fi (corol·lari del dret de propietat) i, per tant, i com, al nostre parer correctament, entengué el Tribunal Constitucional, l'equiparació amb les fundacions i la seva consideració com a exercici del dret de fundació no sembla exacta. Per altra banda, les Caixes no foren producte autònom de la "societat civil". La participació pública en el naixement i el desenvolupament de les Caixes és molt notable. L'autora, tanmateix, insisteix en mesclar els dos aspectes afirmant que el que justifica la major intervenció administrativa sobre les Caixes en relació amb les fundacions és el seu caràcter d'entitats de crèdit (p. 549). Aquest és però un mal camí perquè té un escàs poder de convicció per a determinar si una concreta ingerència és admissible o no per quant aquesta ingerència no es produeix en relació amb els Bancs, ingerències que són, precisament, les que més problemes de legitimitat plantegen. Per exemple, la participació dels poders públics en el govern de la Caixa; la creació de "comissions mixtes" entre les Caixes i les autoritats autonòmiques per a decidir sobre l'Obra social; el sotmetiment dels membres del Consell d'Administració d'una Caixa a les incompatibilitats aplicables als membres del Consell de Govern de la Comunitat Autònoma –i, per tant, a l'estatut d'un càrrec públic–; les limitacions d'edat o de les possibilitats de reelecció per als membres dels Consells d'Administració; l'obligació de sol·licitar autorització prèvia a la realització d'inversions, etc.

L'autora aborda a continuació la justificació de la intensa regulació administrativa a què estan sotmeses les entitats de crèdit. Per a un mercantilista com és qui això subscriu, la discussió dels administrativistes sobre la relació de subjecció especial dels bancs resulta abstrusa i innecessària. Ens sembla una barbaritat que el 2003 s'afirmi –com fa l'autora citant T. RAMÓN FERNÁNDEZ que els bancs "*ingresan*" a un ordenament sectorial, "*en un grupo organizado que encabeza, dirige y orienta la propia Administración*" (p. 574). No discutirem que aquesta afirmació fos correcta el 1989, quan la va fer l'autor, però avui no ho és. L'autorització per a obrir un banc a Espanya és reglada per a qualsevol ciutadà europeu des de la liberalització provocada per les Directives europees en la matèria i, sobretot, la justificació de la intervenció administrativa sobre la base dels interessos generals permet explicar suficientment tant les mesures concretes com, sobretot, els límits a aquesta intervenció sobre la base dels drets fonamentals dels particulars a la llibertat d'empresa, al dret de propietat i a l'autonomia privada en general. L'autora s'apunta a la doctrina dels

“ordenaments sectorials” (p. 580-84) per a explicar l'especial intensitat de la intervenció administrativa en el sector del crèdit però, sincerament, no vegem en quina mesura afirmar que el Dret públic bancari és un ordenament sectorial ens permet afinar en l'anàlisi de la legitimitat i els límits de les mesures administratives concretes que incideixen en la llibertat dels bancs per a actuar com els sembli correcte perquè, o bé, es legitima qualsevol mesura, amb la qual cosa, el seu caràcter erroni continua palmari, o bé se'n legitimen només algunes i, en aquest cas, ens faltaria, de nou, l'elenc de criteris concrets que permetessin distingir quines intervencions són legítimes i quines no. L'escassa utilitat analítica dels instruments utilitzats per l'autora es reflecteix en les conclusions (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 veritat és que, per dir tal cosa, no hi ha necessitat de cap teoria. L'especial intervenció administrativa en el sector del crèdit està justificada per dos tipus de raons. Per una banda, perquè els bancs creen diners i, per tant, afecten la quantitat de diners en circulació en una Economia i, per altra, per l'anomenat *risc sistèmic* que provoquen les dificultats de solvència d'un banc concret sobre la resta dels sector financer i de l'Economia en general. Els bancs són empreses especialment endeutades i amb una estructura de balanç molt diferent a la d'una empresa manufacturadora. Aquests criteris generals intermitjos són els que poden proporcionar punts de subjecció per a l'anàlisi de legitimitat de la intervenció administrativa i no l'afirmació genèrica que el Dret públic bancari és un ordenament sectorial o que els bancs estan sotmesos a una relació de subjecció especial respecte de l'administració, afirmacions purament descriptives.

12. La part dedicada al *govern corporatiu* de les Caixes d'Estalvi tampoc no extreu conclusions d'interès. Es limita a narrar els canvis normatius i a examinar problemes escassament rellevants (com el de si els grups municipals tenen dret a una representació “proporcional” a la Caixa distribuïnt-se entre ells els consellers designats per la corporació municipal o el grup majoritari a l'ajuntament pot nomenar tots els consellers que correspongui a l'ajuntament designar; p. 648 i s.). Però no entra a examinar la justificació de la constitucionalitat de l'“expropiació de la gestió” que suposaren el Decret Llei de 1977 i la LORCA el 1985 i, ni tan sols, exposa les diferències entre el règim de govern previ a 1977 i l'instaurat per aquest Decret Llei. Tampoc no presenta conclusions quan aborda si, conforme al Dret comunitari, les Caixes d'Estalvi han de considerar-se empreses públiques als efectes de l'art. 2 de la Directiva 80/723/CEE de la Comissió de 25 de juny de 1980 relativa a la transparència de les relacions financeres entre els Estats membres i les empreses públiques, així com a la transparència financera de determinades empreses; tampoc no obté conclusions segures en relació a l'obligació de “regionalitzar” les inversions de les Caixes sense emmarcar adequadament el tema en el dels quoficients d'inversió obligatòria, qüestió que tracta a continuació (p. 669 i s.) i de la qual tampoc no obté conclusions sobre la legitimitat de les normes regionals que obliguen les Caixes a concentrar en la regió un determinat volum de les seves inversions confonent novament (p. 680) “destí dels excedents” de les Caixes amb destí de les inversions dels actius de les Caixes. Continua l'autora mostrant temes però sense explicar-nos la connexió entre uns i altres i de quina forma les conclusions aconseguides en uns afecten el discurs subsegüent (llibertat d'obertura d'oficines, fusió entre Caixes...), discurs que no s'eleva per sobre de generalitats. La millor prova és una nota a peu de pàgina (la número 1423) en què

l'autora cita ARIÑO dient 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"*. Amb no ser cert, l'autora obvia qualsevol discussió de la legitimitat de la legislació estatal i autonòmica sobre la matèria en relació amb tots els temes indicats per Ariño encara quan dedica un abundant nombre de pàgines a recollir llocs comuns sobre molts d'ells. Però, —novament la ingenuïtat— l'autora es limita a dir (p. 706) que *"habría sido deseable una mayor claridad"* en la jurisprudència constitucional i a suggerir 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 petició de principi més evident no és possible. El problema no és dir que seria constitucional una regulació de les Caixes que estigués d'acord amb el disposat als articles 34 i 38 CE, sinó dir quina regulació respecta aquests drets en el cas *peculiar* de les Caixes i quines mesures de les contingudes a la LORCA o a la legislació complementària de les Comunitats Autònomes infringeixen aquests drets, sobretot quan la tesi del Tribunal Constitucional afirma que ni el 34 ni el 38 són drets fonamentals de les Caixes. Però d'això l'autora no ens en diu res. Per descomptat, tampoc no diu res del debat polític sobre la privatització que no sigui la narració periodística dels canvis introduïts per la Llei financera 44/2002.

13. El més lamentable és que la tesi doctoral recollida al llibre que comentem no és la pitjor que hom pot llegir: està al nivell mitjà de les tesis espanyoles de dret als últims anys; mereixé l'excel·lent *cum laude* d'una comissió jutjadora molt prestigiosa; ve prologada pel més important jurista espanyol viu i està publicada per una editorial que ja compta amb certa tradició... ¡Quina pena!