

Expediente: 5/2015

Objeto: Consulta sobre la naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra, los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015 y otras cuestiones conexas.

Dictamen: 9/2015, de 13 de abril

DICTAMEN

En Pamplona, a 13 de abril de 2015,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Eugenio Simón Acosta, Presidente, doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria, y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Alfonso Zuazu Moneo

emite por mayoría de los asistentes el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación y tramitación de la consulta

El día 27 de febrero de 2015 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Parlamento de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre (desde ahora LFCN), se recaba dictamen “acerca de la naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra y de cuantas cuestiones se plantean en el escrito del Grupo Parlamentario Izquierda-Ezkerra que se adjunta”, y todo ello previo acuerdo adoptado por la Junta de Portavoces en sesión de 23 de febrero de 2015.

Al citado escrito se acompaña otro de 11 de febrero de 2015 dirigido a la Mesa y Junta de Portavoces del Parlamento de Navarra por el grupo parlamentario Izquierda-Ezkerra, en el que solicitaba de los servicios

jurídicos del Parlamento de Navarra la elaboración de un informe sobre diversas cuestiones relacionadas con la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015, adjuntándose también el informe emitido por los servicios jurídicos el 18 de febrero de 2015, así como otro informe, éste emitido por el Letrado Mayor el 19 de febrero de 2015, sobre la elección por el Parlamento de Navarra de los miembros del Patronato de la Fundación Caja Navarra.

I.2ª. Consulta

La consulta planteada por el Parlamento de Navarra a instancia de su Junta de Portavoces, y según se desprende del escrito de solicitud y del presentado en su día ante la citada Junta de Portavoces por el grupo parlamentario Izquierda-Ezquierda, requiere nuestro dictamen en relación a las siguientes cuestiones:

- a) La naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra
- b) Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en recurso de inconstitucionalidad núm. 3552-2014 en relación con el cómputo de los plazos establecidos en las disposiciones transitorias de la Ley Foral 2/2014.
- c) Sobre cuándo y cómo ha de darse aplicación a lo previsto en dichas disposiciones transitorias.
- d) En particular, sobre cómo y cuándo ha de llevarse a cabo la elección de los miembros del patronato de Fundación Caja Navarra que corresponde al Parlamento de Navarra.
- e) Sobre los efectos de la citada sentencia constitucional en los estatutos de 27 de junio de 2014 que configuran a Fundación Caja Navarra como fundación bancaria.

En la solicitud de informe de los servicios jurídicos del Parlamento de Navarra que se presentó por el grupo parlamentario Izquierda-Ezkerra ante la Mesa y Junta de Portavoces, se justifica la misma haciendo referencia a la

disposición transitoria primera de la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones, en la que se establece que “las fundaciones de carácter especial constituidas en Navarra al amparo de las disposiciones del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, por el que se regulan los órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, deberán adaptar sus estatutos a las disposiciones de esta ley foral en el mismo plazo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, para su transformación en fundación ordinaria”. En opinión del grupo parlamentario, en esa disposición se contiene una referencia a la Fundación Caja Navarra “la única constituida en Navarra con arreglo a dichas disposiciones, tal y como se señala expresamente en la Exposición de Motivos: En virtud de dichas disposiciones la Fundación Caja Navarra ha de convertirse en una fundación ordinaria...”, manteniendo al respecto que “dicha conversión en fundación ordinaria y consecuente adaptación de estatutos debería haberse producido, en principio, antes del 29 de junio de 2014”.

En este punto, se refiere la solicitud a la suspensión de “la aplicación de la Ley Foral 2/2014” como consecuencia de la admisión a trámite por el Tribunal Constitucional del recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la misma por el Presidente del Gobierno de España que, según dicen, “ha tenido como consecuencia que Fundación Caja Navarra no se ha transformado en fundación ordinaria conforme a sus disposiciones”, recogiendo la aprobación de “unos nuevos estatutos donde dicha entidad queda definida como una de las fundaciones bancarias reguladas en la Ley 26/2013”.

Ante la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015, que “declara que la Ley Foral 2/2014 no es contraria al orden constitucional de distribución de competencias”, y a partir de la que “queda levantada la suspensión de la norma impugnada y vuelve a estar en plena vigencia”, se le plantea al grupo parlamentario que insta la consulta “la cuestión de cómo y cuándo ha de aplicarse dicho mandato legal”, de la que derivan las cuestiones que plantearon primero a los servicios jurídicos del Parlamento y

ahora se residencian ante este Consejo, del tenor literal ya reseñado anteriormente.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. El carácter y ámbito del dictamen

El artículo 18 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), en su actual redacción, dada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, establece que el Consejo de Navarra emitirá dictamen en cuantos asuntos se le sometan a consulta facultativa por el Parlamento de Navarra, a través de su Presidente, a instancia de la Junta de Portavoces, de la Mesa de la Cámara, de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los Parlamentarios Forales.

En el presente caso el dictamen ha sido solicitado por el Parlamento de Navarra, a través de su Presidente, previo acuerdo de la Junta de Portavoces, por lo que el Consejo de Navarra emite el presente dictamen con carácter facultativo, atendiendo a la documentación reseñada y circunscribiéndose a los términos de la consulta formulada.

Conforme se ha expuesto, la Junta de Portavoces del Parlamento de Navarra nos plantea una consulta que viene circunscrita a la naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra en relación con la aplicación de la Ley Foral 2/2014, tras la declaración de constitucionalidad mantenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015, por cuanto se mantiene en la consulta que es esta entidad la destinataria del mandato legal contenido en la disposición transitoria primera de la ley foral citada, y a la que se refiere expresamente su exposición de motivos, por lo que le surgen cuestiones al grupo parlamentario que la instó sobre “cómo y cuándo ha de aplicarse dicho mandato legal”.

II.2ª. La naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra: su transformación en Fundación Bancaria Caja Navarra.

Este Consejo de Navarra ya ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, directa o indirectamente en relación a las cuestiones

sometidas a su dictamen, sobre la naturaleza jurídica de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra (en lo sucesivo, Caja de Ahorros de Navarra) o, más recientemente, sobre la naturaleza jurídica de la fundación de carácter especial resultante de la transformación de la Caja de Ahorros de Navarra, en aplicación de la legislación estatal que modificó con carácter general el régimen jurídico de las cajas de ahorro, pudiendo citarse al respecto nuestros dictámenes 14/2010, de 12 de abril, y el más reciente 26/2013, de 22 de julio.

Si nos situamos en el proceso de extinción de Caja Navarra como entidad de crédito y su transformación en fundación de carácter especial, dada la extemporaneidad e innecesariedad de realizar aquí y ahora nuevas consideraciones sobre la naturaleza de la ya extinta Caja de Ahorros de Navarra, deberemos recordar lo que ya mantuvimos al respecto en nuestro anterior dictamen 26/2013, en el que concluimos que resultaban aplicables a la mencionada caja de ahorros *“las disposiciones estatales en materia de cajas de ahorros, y en particular, las contenidas en 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, modificado por Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito”*.

Consideramos en el citado dictamen que *“el régimen a aplicar a la fundación de carácter especial es fundamentalmente el fijado por la legislación de cajas de ahorro y sólo por desinencia, supletoriamente, rige el régimen general de fundaciones. Ello demuestra la singularidad de esta persona jurídica que legislativamente no tiene la consideración de “fundación ordinaria”, como queda evidenciado por su calificación de “fundación de carácter especial”, pero también por otros elementos básicos que determinan ese carácter especial: su origen -imposición legal en la que se prescinde de la voluntad del fundador, esencial en la fundación ordinaria, y que procede de la privación de la condición de entidad de crédito manteniéndose su personalidad de base fundacional-, el contenido de su patrimonio y los derechos ligados al mismo que integran su dotación fundacional –capital participado en entidades crédito, derechos políticos, económicos, de gestión, etc., sobre los que se establece un férreo control*

por los poderes públicos- y el régimen jurídico al que queda inexorablemente sujeta con carácter principal -ligado a la ordenación del crédito y de las Cajas de Ahorro en aras de garantizar la estabilidad financiera-".

La aplicación de las disposiciones estatales, significativamente de la disposición final decimotercera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y regulación de entidades de crédito, nos llevó a concluir en el mismo dictamen que los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros de Navarra quedaron disueltos desde el 3 de enero de 2013, habiendo perdido la condición de entidad de crédito y transformándose en fundación de carácter especial, sin perjuicio de destacar que *“la transformación y adaptación de la CAN a su condición de fundación de carácter especial, por imperativo de los artículos 5-7 y 6-2, disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 11/2010 (en la redacción actualmente vigente), conlleva que la actualización de sus estatutos, mediante la aprobación de unos nuevos, haya de realizarse conforme al régimen especial de Convenio previsto en materia de cajas de ahorro, como ya previó la CAN en la disposición final segunda de sus Estatutos de 2012. A este régimen, según ya se señaló “supra”, quedó vinculado el Gobierno de Navarra en virtud del Acuerdo de 18 de julio de 2012 cuando se aprobaron los Estatutos de la CAN de 2012. Ello conlleva, según lo manifestado anteriormente por este Consejo de Navarra y la doctrina constitucional en dicha materia (SSTC 148/2006 y 208/2012), que además no resulte posible la variación unilateral de tal proceso paccionado para la aprobación de los estatutos de la Fundación especial de Caja Navarra”.*

El proceso de materialización de la transformación de Caja de Ahorros de Navarra en una fundación de carácter especial culminó el 25 de junio de 2013, con el acuerdo adoptado por su Comisión Gestora aprobando la transformación de Caja de Ahorros de Navarra en fundación de carácter especial, previa la aprobación de sus Estatutos por acuerdo del Gobierno de Navarra de 19 de junio de 2013 y por Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 20 de junio de 2013, inscribiéndose la fundación resultante, Fundación Caja Navarra, en el Registro de Fundaciones de

Navarra por Resolución 478/2013, de 18 de julio, del Director General de Presidencia y Justicia.

En este estado de cosas, se produce la aprobación de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre (modificada por la disposición final décima de la Ley 10/2014, de 26 de junio), de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, con invocación expresa por el Estado (disposición final décima) de las competencias que le reserva el artículo 149.1 de la CE, en sus reglas 6ª, competencia sobre legislación mercantil; 11ª, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros; 13ª, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; y 14ª, competencia exclusiva sobre Hacienda General y Deuda del Estado.

Para justificar la regulación con carácter básico de las novedosas “fundaciones bancarias”, el preámbulo de la citada ley manifiesta la necesidad de establecer un régimen jurídico sistemático ya que “la fundación bancaria será, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, un actor principal presente en gran parte de las entidades de crédito de nuestro país, algunas de ellas sistémicas; por lo tanto, se incrementa la posibilidad de que un funcionamiento inadecuado de estas entidades tengan consecuencias para la estabilidad del sistema financiero”, siendo preciso que “las fundaciones bancarias sean objeto de una regulación similar a la que el Estado ha dictado en relación con el resto de las entidades de crédito. Solo de esta manera se garantiza una adecuada ordenación del crédito en nuestro país”.

La Ley 26/2013 define la fundación bancaria 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”, con finalidad social y orientando 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”, debiendo constar en su denominación la expresión “fundación bancaria”, quedando sujetas al régimen jurídico previsto en la ley y, supletoriamente, a la normativa estatal

o autonómica en materia de fundaciones (artículos 32 y 33), previéndose que “se entenderá como una única participación la de todas las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen de forma concertada en una misma entidad de crédito” (artículo 43.2).

En relación a las fundaciones especiales resultantes del proceso de transformación de las cajas de ahorro al que nos hemos referido anteriormente, la disposición adicional primera de la Ley 26/2013 ordena su transformación en fundaciones bancarias en el plazo de seis meses, computados desde la fecha de entrada en vigor de la ley, “siempre que se cumplan los requisitos previstos en la misma”, o en fundaciones ordinarias si su participación en una entidad de crédito no alcanza “los niveles previstos en el artículo 32”.

Finalmente, la disposición adicional decimosexta de la Ley 26/2013 contempla su aplicación en la Comunidad Foral de Navarra “según lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, conforme a lo dispuesto en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra”.

En el dictamen 25/2013, de 22 de julio, ya constatamos que “según el proyecto de fusión suscrito entre Banca Cívica y Caixa Bank, Caja Navarra pasó a ostentar en esta entidad una participación accionarial del 1,2 por 100, correspondiéndole la designación de dos miembros en su Consejo de Administración en conjunción con el resto de las cajas integrantes de Banca Cívica”. Efectivamente, del “Acuerdo de integración entre Caixabank, S.A. y Banca Cívica, S.A.” de 26 de marzo de 2012, suscrito entre otras entidades por la Caja de Ahorros de Navarra, resulta que a ésta le correspondió un porcentaje del capital social de CaixaBank del 1,204%, correspondiéndole conjuntamente con el resto de cajas participantes en la fusión la propuesta de nombramiento de 2 miembros del Consejo de Administración de Caixabank resultante de la fusión, comprometiéndose “la Caixa”, titular del 75,416% del capital social, a votar en la Junta General a favor de los candidatos propuestos.

La concurrencia de esas circunstancias llevaron a la Fundación Caja Navarra, fundación de carácter especial entonces, a proceder a su transformación en fundación bancaria en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 26/2013 y toda vez que, como expresa el preámbulo de sus vigentes estatutos, “cumpliendo la Fundación Caja Navarra con los requisitos establecidos en el artículo 32 de la citada Ley de Cajas de Ahorro y fundaciones Bancarias, al mantener una participación cualificada en la entidad de crédito que le permite nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración, procede su transformación en fundación bancaria que centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico social, a la que debe destinar el producto de los fondos, participaciones e inversiones que integran su patrimonio y cuya supervisión corresponde a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra”.

El 31 de julio de 2014 se inscribe en el Registro de Fundaciones de Navarra la transformación de Fundación Caja Navarra en fundación bancaria, así como la modificación de sus estatutos, que fueron aprobados por acuerdo del Gobierno de Navarra y por Orden del Ministro de Economía y Competitividad, ambos de fecha 27 de junio de 2014.

De todo lo expuesto resulta que la respuesta a la consulta formulada sobre la naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra, actualmente denominada Fundación Bancaria Caja Navarra, no puede merecer otra respuesta, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento en que se nos formula y al ordenamiento jurídico de aplicación que sucintamente se ha expuesto, que la de afirmar su naturaleza jurídica de fundación bancaria, como su propia denominación ya expresa, sujeta al régimen jurídico derivado de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias, y supletoriamente a la normativa sobre fundaciones vigente en la Comunidad Foral.

Así se desprende también de la norma institucional de la Fundación Bancaria Caja Navarra, definiéndose en sus estatutos la fundación como “una fundación privada, sin ánimo de lucro que procede de la transformación

de la Fundación de carácter especial Caja Navarra, cuyo patrimonio se halla afecto, de forma duradera, a la realización de fines institucionales de interés general”, recogiendo en su propio texto la génesis de la fundación como consecuencia de la “pérdida de su condición de fundación de carácter especial” y su origen como “entidad proveniente de la transformación en fundación de carácter especial de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, a su vez entidad resultante de la fusión por absorción por parte de Caja de Ahorros de Navarra (fundada por acuerdo de la Excma. Diputación Foral de Navarra en 1921) de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Pamplona (fundada por acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona en 1872)”, como expresa literalmente el artículo 1 de los Estatutos.

Esos mismos estatutos describen el “régimen normativo” de la fundación por referencia a “los presentes Estatutos, sus Reglamentos y los Acuerdos adoptados por el Patronato en el ámbito de sus competencias; así como por la normativa general de aplicación, en concreto la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, acogiéndose a la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las Fundaciones y de las actividades de patrocinio de Navarra, o norma que la sustituya”.

En todo caso, de la motivación de la consulta que se nos ha formulado no resultan argumentos o consideraciones que nos trasladen dudas o cuestiones que le surjan al grupo parlamentario que la instó sobre la legalidad del proceso de transformación de la Fundación Caja Navarra en fundación bancaria, ni tampoco se formulan discrepancias o reparos sobre la concurrencia en esa Fundación de las circunstancias que, contempladas en el artículo 32.1 de la Ley 26/2013, le obligaban a una transformación de su naturaleza de fundación de carácter especial para novarse en fundación bancaria.

Es cuestión distinta, y a ella parece referirse la consulta formulada, si esa transformación de la Fundación Caja Navarra en fundación bancaria debería haberse hecho en fundación ordinaria en aplicación de la Ley Foral

2/2014, una vez recobrada ésta su vigencia tras la sentencia del Tribunal Constitucional a la que ahora nos referiremos.

II.3ª. La Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, y la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015.

El resto de cuestiones, superada la de la naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra, que se le plantean a este Consejo en la solicitud de dictamen formulada por el Parlamento de Navarra vienen vinculadas a la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones (en adelante, Ley Foral 2/2014), y al dictado de la sentencia que sobre su constitucionalidad pronunció el Tribunal Constitucional el 5 de febrero de 2015.

Para los proponentes de la consulta el citado pronunciamiento, en el que se declara que la ley foral no es contraria al orden constitucional de distribución de competencias, produce además el levantamiento de la suspensión decretada en su día por el Tribunal y, en consecuencia, la plena vigencia de los mandatos de la ley foral, entre los que entienden los solicitantes que se encuentra el de “la conversión de Fundación Caja Navarra en fundación ordinaria”, por lo que plantean “la cuestión de cómo y cuándo ha de aplicarse dicho mandato legal”, además de preguntarse sobre los efectos que despliega la citada sentencia en relación a los estatutos de la “Fundación Caja Navarra como fundación bancaria”.

Esas mismas cuestiones ya fueron planteadas a los servicios jurídicos de la Cámara, dando lugar a la emisión de sendos informes de fechas 18 y 19 de febrero de 2015, en los que se concluyó que la sentencia del Tribunal Constitucional “no reabre, por tanto, plazos fenecidos” derivados de la suspensión de la ley foral, añadiéndose en relación a la circunstancia de que durante el periodo de suspensión de vigencia de la ley foral se produjera la transformación de la Fundación Caja Navarra en fundación bancaria que “si alguna persona física o jurídica discrepa de la aplicación de las disposiciones de la ley estatal que han permitido a la Fundación Caja Navarra constituirse como fundación bancaria, están en su derecho o interés legítimo de entablar las acciones legales que estimen oportunas”.

En todo caso, los servicios jurídicos responden a las cuestiones planteadas en orden a la aplicación de las disposiciones transitorias de la ley foral en el sentido de que la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional, en sus propios términos, “no reabre el plazo de aplicación de las disposiciones transitorias ni tampoco sobre elección de los miembros del patronato de Fundación Caja Navarra”, sin que tampoco esa sentencia produzca “efectos mediatos sobre los Estatutos que configuran a la Fundación Caja Navarra como fundación bancaria”, ni suponga una ampliación de las potestades legislativas de Navarra sobre las fundaciones bancarias, sino que el pronunciamiento de constitucionalidad de la Ley Foral 2/2014 debe entenderse condicionado a que el ámbito de aplicación de dicha ley se restrinja “a aquellas fundaciones de carácter especial que conforme a la regla de la ley estatal 26/2013, hayan de transformarse en fundaciones ordinarias”.

No se alcanzan distintas conclusiones en el informe posterior emitido por el Letrado Mayor, cuyo objeto venía más específicamente referido a la “elaboración de una propuesta de Normas para la elección de Presidente y de cinco miembros del Patronato de la Fundación Caja Navarra”, que se le había solicitado por acuerdo de la Mesa del Parlamento de 16 de febrero de 2015, en el que se dispuso también abrir el cauce y señalar el calendario para el cumplimiento de la Ley Foral 2/2014, “nombrando al efecto los miembros de la Fundación prevista en dicha Ley”. En este segundo informe, tras constatar que “la única fundación prevista expresa y nominalmente en la reiterada Ley Foral 2/2014 es la Fundación Caja Navarra”, se advierte que “hoy no existe una fundación especial dimanante de la extinción de una Caja de Ahorros, sino una fundación bancaria denominada Fundación Bancaria Caja Navarra”, por lo que la aplicación de la ley foral “a la fundación prevista en tal norma, esto es, a la Fundación Caja Navarra en cuanto fundación ordinaria, según sostiene el legislativo en su preámbulo, es un desiderátum de muy difícil realización”, por cuanto, concluye, “lo que hoy realmente existe es una fundación bancaria, cuyos Estatutos resultan difíciles de coherencia o, simplemente, devienen incompatibles con las previsiones de la Ley Foral 2/2014”.

La Ley Foral 2/2014 establece en su disposición transitoria primera que “las fundaciones de carácter especial constituidas en Navarra al amparo de las disposiciones del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, por el que se regulan los órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, deberán adaptar sus estatutos a las disposiciones de esta ley foral en el mismo plazo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, para su transformación en fundación ordinaria”, siendo ese plazo como ya sabemos de seis meses.

De otra parte, el preámbulo de la ley foral, tras reseñar el proceso de transformación de las cajas de ahorro, y específicamente el de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, en fundaciones de carácter especial, recoge también las condiciones establecidas en la Ley 26/2013 para la posterior transformación de estas fundaciones en fundaciones bancarias o, en su caso, en fundaciones ordinarias, interpretando el legislador navarro en este preámbulo que “en virtud de dichas disposiciones la Fundación Caja Navarra ha de convertirse en una fundación ordinaria sujeta a las normas generales sobre la materia, esto es, a las ya citadas del Fuero Nuevo de Navarra y de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra” y, ante ello, “las peculiares características de las fundaciones provenientes de la transformación de las cajas de ahorros aconsejan, dentro de las competencias de la Comunidad Foral en materia de fundaciones, completar su regulación con algunas normas específicas referidas a sus órganos rectores”.

De la conjunción de las afirmaciones contenidas en el preámbulo y lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley Foral 2/2014 pudo surgir la interpretación, de la que son deudoras las cuestiones planteadas a este Consejo, de que en aplicación de la ley foral la Fundación Caja Navarra, de carácter especial, debía necesariamente transformarse en fundación ordinaria y, en ese proceso, debía adecuar sus estatutos y, singularmente, sus órganos rectores a las nuevas determinaciones establecidas en la citada ley foral. Y si bien esa transformación y adaptación

de la Fundación Caja Navarra no pudo hacerse en los términos de lo previsto en su disposición transitoria primera, dada la suspensión de vigencia de la ley foral, deberían ahora instruirse los procedimientos previstos en la misma para la constitución de los órganos rectores de la Fundación Caja Navarra una vez que ha recobrado vigencia la ley foral tras la declaración de su constitucionalidad por la sentencia del Tribunal Constitucional.

La eventual interpretación de “que la transformación de Fundación Caja Navarra en fundación ordinaria es una decisión impuesta por la propia Ley Foral”, que cobraría “fundamento si se atiende a la transitoria primera que dispone la adaptación de los estatutos de las fundaciones de carácter especial constituidas en Navarra para su transformación en fundación ordinaria y al tenor de la exposición de motivos que explícitamente dice: “... la Fundación Caja Navarra ha de convertirse en una fundación ordinaria...”, llevaron al Consejo de Estado, en su dictamen de 22 de mayo de 2014, a concluir en la existencia de fundamentos jurídicos suficientes para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones”, avalando el criterio de la Administración del Estado respecto a “que existe una contradicción irreductible entre los contenidos de la Ley Foral 2/2014 y de la Ley 26/2013 en relación con las fundaciones bancarias”.

Esa resultó también la tesis defendida por el Abogado del Estado en el recurso de inconstitucionalidad 3552/2014, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 2/2014, por la vulneración por inconstitucionalidad mediata de los títulos competenciales estatales del art. 149.1.6, 11 y 13 CE, en relación con la ley estatal 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

En ese proceso constitucional la Administración del Estado mantuvo, según resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional, “que la interpretación conjunta del art. 1, junto con la disposición transitoria primera y la exposición de motivos de la norma, permiten concluir que la Ley Foral 2/2014 se aplica no sólo a la transformación de las cajas de ahorro en

fundaciones ordinarias, respecto de lo que no plantea reproche competencial alguno, sino también en fundaciones de carácter bancario, con lo que entra en contradicción con la normativa estatal antes citada incurriendo en inconstitucionalidad”, por cuanto interpretaba que la ley foral se aplicaba “a cuantas fundaciones, bancarias u ordinarias, resulten del proceso de transformación de las cajas de ahorros en Navarra, entre las que han de considerarse incluidas las actuales fundaciones de carácter especial resultantes de la aplicación del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, así como, en su caso, y de futuro, a las que ahora se transformen en fundaciones ordinarias, cuando con posterioridad incurran en los supuestos de hecho previstos en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre”. En todo caso, mantenía también la Abogacía del Estado, que “ninguna tacha de inconstitucionalidad puede plantearse a la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, cuando las fundaciones resultantes del proceso de transformación de las cajas de ahorros y de las actuales fundaciones de carácter especial resultantes de la aplicación del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, sean fundaciones ordinarias, de acuerdo con las competencias de la Comunidad Foral sobre fundaciones artículo 40.20 LORAFNA pero por su contenido normativo resulta inconstitucional cuando las fundaciones resultantes deban ser fundaciones bancarias”, si bien consideraba que la Ley Foral es también inconstitucional si se interpreta en el sentido de que la cita en la exposición de motivos de que dicha fundación ha de convertirse obligatoriamente en fundación ordinaria, junto con la previsión de la disposición transitoria, obligan, como ley de caso único, a Caja Navarra a convertirse en fundación ordinaria, sin atender a si sus circunstancias, participación en una entidad de crédito y demás criterios previstos en la Ley 26/2013, la hacen acreedora de la condición de fundación bancaria”.

Por su parte, el Letrado del Parlamento de Navarra mantuvo que el objetivo de la ley foral es el de “regular los órganos rectores de determinadas fundaciones, referidas a aquellas de carácter especial provenientes de la transformación de las cajas de ahorro en fundaciones de carácter especial y que la nueva Ley 26/2013, bifurca en su regulación establecida en el art. 33 de la misma, en bancarias u ordinarias”, regulando la Ley Foral 2/2014 “estas últimas en el marco de la habilitación de la Ley

26/2013 y de las competencias de Navarra, lo que excluye cualquier intento de ignorar, transgredir o inaplicar las normas estatales”. Frente a la imputación de incompetencia del legislador foral para desarrollar el régimen de las fundaciones bancarias opuso la representación del Parlamento de Navarra “la interpretación constitucional de la norma impugnada, al desarrollar el régimen de las fundaciones ordinarias prevista en el art. 33 de la norma básica estatal, sobre la base de las competencias autonómicas en materia de cajas de ahorro y, principalmente, de Derecho privado de Navarra”, sosteniéndose “que en la interpretación de la Ley 26/2013 en relación con la Ley Foral 2/2014 puede llegarse a las conclusiones siguientes: La figura de las fundaciones bancarias así como las ordinarias contempladas en el art. 33 de la norma estatal contemplan un fenómeno de bifurcación legislativa en manos del legislador autonómico. De esa suerte, si el legislador autonómico desarrolla la legislación básica de las fundaciones bancarias deberá ajustarse al esquema bases-desarrollo. Por el contrario, si la Comunidad Foral desarrolla en el marco de sus competencias la previsión contemplada en la Ley 26/2013, en el sentido de que las antiguas fundaciones bancarias de carácter especial se conviertan en fundaciones ordinarias con arreglo a la legislación de fundaciones, que tiene como se sabe una vertiente civil o privada y otra fiscal, Navarra y su Parlamento tiene potestad legislativa para llevarla a cabo en los términos que hace la Ley Foral 2/2014, aspecto que no parece discutir la representación del Estado y que llevaría a la desestimación del recurso”.

Planteado en esos términos el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional aborda la supuesta vulneración competencial que alegó el Abogado del Estado y que, dice el Tribunal, “se residencia esencialmente en los arts. 1 y disposición transitoria primera, de los cuales, poniéndolos en relación con las afirmaciones de la exposición de motivos, deduce que la norma se va a aplicar en realidad al proceso de transformación de las antiguas fundaciones de carácter especial en fundaciones bancarias”, por lo que el Tribunal entra a “determinar si el ámbito de aplicación de la norma incluye a las fundaciones bancarias de Navarra o se circunscribe a las fundaciones ordinarias”.

Al respecto, le parece claro al Tribunal Constitucional que “la expresión utilizada por el art. 1 de la Ley Foral 2/2014 puede entenderse en su literalidad comprensiva de ambos tipos de fundaciones, bancarias y ordinarias, en cuanto que ambas pueden tener la condición de “provenientes de la transformación de las cajas de ahorros de Navarra”, dependiendo en realidad su calificación, como una u otra, de un elemento ajeno a la propia Ley Foral 2/2014, como es el cumplimiento de los requisitos de la Ley 26/2013 (artículo 32 y disposición adicional primera), que aquí no han sido puestos en cuestión”.

No obstante ello, continúa el Tribunal, “como afirma la representación procesal del Parlamento de Navarra, también cabe entender -en una interpretación restrictiva del precepto (STC 148/2012, de 5 de junio, FJ 16)- que se refiere únicamente a aquellas fundaciones de carácter especial que, conforme a las regla de la Ley 26/2013, hayan de transformarse en fundaciones ordinarias”.

De ello resulta que “la Ley Foral 2/2014, entendida como reguladora de las fundaciones ordinarias procedentes de la transformación de cajas de ahorro, no podría considerarse inconstitucional por los motivos aducidos por el Abogado del Estado”, entendiéndose el Tribunal Constitucional que “el designio de la Ley Foral 2/2014 es establecer normas de organización y funcionamiento de las antiguas fundaciones de carácter especial para el caso de que hayan de configurarse como fundaciones ordinarias”, manteniendo una interpretación que “se confirma no sólo por lo afirmado en la exposición de motivos, sino también a la vista de lo fijado por la disposición transitoria primera, que remite el plazo de adaptación de estatutos de las antiguas fundaciones de carácter especial al establecido en la disposición adicional primera de la Ley 26/2013, para su transformación en fundación ordinaria”, siendo ese aspecto “de regulación relativa a las fundaciones ordinarias cuyo ámbito de actuación es Navarra plenamente ajustado al orden constitucional de distribución de competencias atendiendo a las competencias de la Comunidad Foral (art. 44.20 LORAFNA) y a la doctrina constitucional en la materia (por todas, STC 98/2013, de 22 de abril, FJ 2)”.

Concluye en definitiva el Tribunal Constitucional que “entendida en el sentido antes indicado, la Ley Foral 2/2014 no incurre en infracción del orden constitucional de distribución de competencias, pues no regula las fundaciones bancarias sino que se refiere a las fundaciones ordinarias que, en aquellos casos en los que proceda conforme a la Ley 26/2013, provengan de la transformación de cajas de ahorros de Navarra y sean de competencia de la Comunidad Foral, conforme a la delimitación de competencias en materia de fundaciones”.

Esa delimitación por el Tribunal Constitucional del único ámbito subjetivo de aplicación de la Ley Foral que resultaría compatible con la Constitución nos ha de servir para resolver, si no estuvieran ya resueltas con la mera lectura del pronunciamiento constitucional, las cuestiones planteadas a este Consejo.

Así, en la medida que todas las cuestiones planteadas por el Parlamento están directamente vinculadas a la directa e inmediata aplicación a la Fundación Caja Navarra de las determinaciones de la Ley Foral 2/2014, y siendo esa fundación actualmente una “fundación bancaria”, resulta de los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015 que la citada ley foral no resulta aplicable a la Fundación Bancaria Caja Navarra por tener restringido su ámbito subjetivo de aplicación, si se quiere mantener una interpretación de la ley foral conforme a la Constitución, a las fundaciones de naturaleza ordinaria resultantes del proceso de transformación derivado de la Ley 26/2013, pero no así a aquellas fundaciones que, como consecuencia del mismo proceso, se transformaron en “fundaciones bancarias”, cuyo régimen jurídico se vincula de manera principal y prevalente a la legislación estatal.

Por tanto, la declaración de constitucionalidad de la Ley Foral 2/2014, en los términos y con los condicionantes que se desprenden de la sentencia del Tribunal Constitucional, no supone en ningún caso que las determinaciones de la citada ley foral conlleven una modificación de la naturaleza jurídica de la Fundación Bancaria Caja Navarra, ni tampoco sitúan a los estatutos de la misma en una situación de contradicción o

contravención con las previsiones de la ley foral, por cuanto éstas persiguen “establecer normas de organización y funcionamiento de las antiguas fundaciones de carácter especial para el caso de que hayan de configurarse como fundaciones ordinarias”, según ha interpretado el Tribunal Constitucional en la sentencia que parcialmente hemos reproducido aquí, quedando excluido del ámbito de aplicación de la ley foral y, en definitiva, de las competencias de la Comunidad Foral, el establecimiento del régimen jurídico al que quedan vinculadas las fundaciones bancarias surgidas del proceso de transformación ordenado en la Ley 26/2013.

Por todo lo expuesto, a juicio de este Consejo carece de objeto pronunciarse sobre las otras cuestiones planteadas en la consulta y vinculadas a la aplicación de la Ley Foral 2/2014 a la Fundación Bancaria Caja Navarra, por cuanto la citada ley foral sólo regula las fundaciones ordinarias y no puede entrar a regular las fundaciones bancarias, según la doctrina constitucional que se ha expuesto.

III. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas y en los términos expresados en este dictamen, el Consejo de Navarra considera que:

1º. La Fundación Caja Navarra, tras el proceso de transformación ordenado por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, es una fundación bancaria, integrando esa naturaleza en su propia denominación: Fundación Bancaria Caja Navarra.

2.- Conforme resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015, la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones, no resulta de aplicación a la Fundación Bancaria Caja Navarra, dada su condición de fundación bancaria y en tanto conserve dicha naturaleza, por venir restringido el ámbito de aplicación de la citada ley foral a las fundaciones ordinarias provenientes de la transformación de las cajas de ahorro de Navarra.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Se anexa voto particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA-SECRETARIA, DOÑA M^a ASUNCIÓN ERICE ECHEGARAY, AL DICTAMEN 9/2015, DE 13 DE ABRIL.

La Consejera suscribiente, lamentando discrepar de la autorizada opinión del Consejo de Navarra, ha de manifestar, en el ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 21.3 de la LFCN, su desacuerdo en relación con el dictamen referido, por las siguientes razones.

El motivo de mi discrepancia, entendida la misma con los matices a los que ahora me refiero, se centra, en particular, en la afirmación contenida en la conclusión primera del dictamen, según la cual “La Fundación Caja Navarra, tras el proceso de transformación ordenado por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, es una fundación bancaria, integrando esa naturaleza en su propia denominación: Fundación Bancaria Caja Navarra”. (Todos los subrayados son míos).

Si dicha afirmación debe entenderse en el sentido de que, a juicio de la mayoría del Consejo de Navarra, conforme a las prescripciones de dicha Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, la “Fundación Caja Navarra” es, por ministerio de tal ley, una fundación bancaria, discrepo de dicha afirmación por cuanto que, como luego explicaré, considero que de la aplicación de la mencionada ley se deriva, por el contrario, que la “Fundación Caja Navarra” debió convertirse en una fundación ordinaria.

Si, sin embargo, dicha afirmación, contenida en la conclusión primera, es únicamente una constatación de la realidad, estimo lo siguiente.

Es una obviedad que la llamada “Fundación Bancaria Caja Navarra” recibe, como lo recoge su propia denominación, el nombre de Fundación “bancaria”. Por tanto, considero que cuestión tan simple como determinar qué naturaleza se le ha atribuido (ahora diremos por quién y bajo qué normativa, sea ésta estatal o foral) a una Fundación así llamada –con el ya incorporado calificativo de bancaria- no es la que se somete a la

consideración de este órgano consultivo (el máximo órgano consultivo de la Comunidad Foral de Navarra).

Estimo, por el contrario, que la consulta que se ha formulado a este Consejo de Navarra, que versa, en primer lugar, y según reza el acuerdo de la Junta de Portavoces del Parlamento de Navarra, sobre la “naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra” (obsérvese que no se le añade el calificativo de “bancaria”) no puede ceñirse únicamente a analizar qué aparente naturaleza tiene, repito, una concreta Fundación hoy existente (la Fundación “bancaria”, según reza su propia denominación, Caja Navarra), nacida en un momento en el que dos leyes -estatal y foral- intentaban proyectar sus mandatos sobre la naturaleza de la antes existente “Fundación de carácter especial Caja Navarra” (nacida de la pérdida de la condición de entidad de crédito de Caja de Ahorros de Navarra), que había de transformarse en fundación bancaria o en fundación ordinaria (según procediera legalmente).

Se nos pregunta claramente, repito, por la llamada “Fundación Caja Navarra” (sin el calificativo de bancaria), haciendo mención expresa incluso a ser tal Fundación -por la que se pregunta- la mencionada expresamente en la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones (que, no se olvide, anuncia con claridad que “la Fundación Caja Navarra ha de convertirse en una fundación ordinaria”).

Así pues, hemos de distinguir la “Fundación de carácter especial Caja Navarra”, la “Fundación Caja Navarra” (a la que expresamente se refiere la Ley Foral 2/2014, y que se califica en tal norma foral como fundación ordinaria) y la “Fundación Bancaria Caja Navarra”. Pues bien, sólo adentrándonos en el análisis de la normativa estatal y foral reguladora de la materia, estimo, es posible dar respuesta a la cuestión planteada (naturaleza jurídica de la “Fundación Caja Navarra”).

Y así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional, cuando en su sentencia 14/2015, de 5 de febrero (por la que se ha declarado constitucional la citada Ley Foral 2/20014, de 17 de febrero, por la que se

regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones), ha dicho claramente, en su FJ 4º, que *“la determinación de la naturaleza jurídica que haya de adoptar la fundación Caja Navarra es una mera cuestión de legalidad ordinaria”*. Y esto lo ha dicho el Tribunal Constitucional en el año 2015, es decir, cuando ya existe una “Fundación Bancaria Caja Navarra”. Por tanto, es claro que en la actualidad el Tribunal Constitucional aún realiza distinguos entre *“la naturaleza jurídica que haya de adoptar la fundación Caja Navarra”* (aspecto por el que entiendo que se nos pregunta a este órgano consultivo) y la existente *“Fundación Bancaria Caja Navarra”*.

Pues bien, como consta claramente en la documentación obrante en el expediente, una vez constituida la citada “Fundación de carácter especial Caja Navarra”, se produjeron dos hitos decisivos, que iban a tener una transcendencia clave en orden a la determinación de la naturaleza jurídica y de la composición de la fundación en que ésta se transformase.

La Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, iba a determinar (disposición adicional primera y artículo 32) en qué casos las citadas fundaciones de carácter especial se debían convertir en fundaciones bancarias y en qué otros casos en fundaciones ordinarias. Sobre ello volveré.

Por su parte, la Ley Foral 2/20014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones, partiendo de la premisa de que la referida “Fundación de carácter especial Caja Navarra” se debía convertir, por mandato de la citada ley estatal 26/2013, de 27 de diciembre, en una fundación ordinaria, dictó sus prescripciones.

Como es sabido, interpuesto por el Presidente del Gobierno recurso de inconstitucionalidad contra la referida Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones, su vigencia fue suspendida mediante providencia del Tribunal Constitucional de 10 de junio de 2014 (suspensión de la vigencia y aplicación que fue ratificada mediante Auto del mismo Tribunal Constitucional número 265/2014, de 4 noviembre).

Con fecha 27 de junio de 2014, por Acuerdo del Gobierno de Navarra y por Orden, de la misma fecha, del Ministerio de Economía y Competitividad se aprobaron los Estatutos de la ya mencionada más arriba “Fundación Bancaria Caja Navarra” (habilitados dichos poderes públicos para la reforma de los Estatutos *“conforme a lo previsto en las disposición final primera de las normas estatutarias que rigieron la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra”*, como se señala en el informe del Letrado Mayor del Parlamento, de 19 de febrero de 2015).

Es decir, en el contexto referido, se aprobaron los Estatutos de la “Fundación Bancaria Caja Navarra”, en los cuales se plasmó expresamente que la naturaleza de dicha Fundación era la de bancaria (es decir, no la de ordinaria) y esa calificación se trasladó a la denominación. Así pues, quedó constituida la “Fundación Bancaria Caja Navarra”. Precisaremos ya que el motivo por el que se constituyó una fundación de esa naturaleza radica, según reza la Exposición de Motivos de los Estatutos de la misma, en la siguiente vaga razón: *“ (...) cumpliendo la Fundación Caja Navarra con los requisitos establecidos en el artículo 32 de la citada Ley de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias, al mantener una participación cualificada en una entidad de crédito que le permite nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración, procede su transformación en fundación bancaria (...)”*.

Se infiere, pues, de esa redacción que se estima, por quienes aprobaron dichos Estatutos, que la Fundación Caja Navarra mantiene una participación cualificada en una entidad de crédito (Caixabank, S.A., diremos), la cual -participación- le permite nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración. Sobre el mantenimiento de dicha participación cualificada (no se olvide que la Fundación que nos ocupa tiene una participación minoritaria -tan sólo un 1,2 por ciento- en tal entidad de crédito) volveré.

Ahora bien, como ya se ha anunciado, ¿significa ello que esos actos administrativos (de “actos administrativos” los califica el Auto del Tribunal Constitucional al que seguidamente nos referimos) del Gobierno de Navarra

y del referido Ministerio aprobatorios de los citados Estatutos, por los que se asume, a la postre, que la antes existente “Fundación de carácter especial Caja Navarra” ha de transformarse, por mandato de la ley estatal, en una “Fundación Bancaria” son ajustados a Derecho?

Y la cuestión no es baladí, pues el aquietamiento a tal cuestión significa que la Ley Foral citada (que ya calificó a la fundación que había de nacer de la transformación de la referida “Fundación de carácter especial Caja Navarra” como fundación ordinaria, y que como norma reguladora tan sólo de fundaciones ordinarias -y no bancarias- ha sido declarada por el Tribunal Constitucional) no podrá desplegar, en la práctica, sus efectos. En otras palabras, y en sentido inverso, como quiera que, como ya queda recogido en el dictamen aprobado por el Consejo de Navarra, el Tribunal Constitucional ha declarado constitucional la Ley Foral referida, al entender que la misma sólo regula las fundaciones ordinarias (no las bancarias) nacidas de las antiguas fundaciones especiales provenientes de Cajas de Ahorro, los efectos de esta ley foral sólo pueden producirse si, analizada la verdadera naturaleza jurídica de la “Fundación Caja Navarra” (a ella se refieren los términos del dictamen solicitado a este órgano consultivo), se concluye que la misma nunca debió merecer, en su transformación, la calificación de bancaria (sino de ordinaria) y se arbitran las medidas para que los obstáculos existentes en la actualidad para el accionamiento de las disposiciones de esa ley foral se remuevan. Y entre tales actuaciones se encontrarían la impugnación, por las personas físicas o jurídicas legitimadas, de los Estatutos de la fundación bancaria o incluso la revisión de oficio, por las propias Administraciones públicas autoras del acto, de los acuerdos de aprobación de los citados Estatutos.

Pues bien, ¿qué naturaleza jurídica debe tener, con arreglo a la ley estatal, la fundación en la que se transforme la “Fundación de carácter especial Caja Navarra” (creada ésta con motivo de la pérdida de Caja Navarra de su condición de entidad de crédito)?

La citada disposición adicional primera de la mencionada Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias dispone lo siguiente:

“Las fundaciones de carácter especial que se hubieran constituido de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, se transformarán en fundaciones bancarias en el plazo de seis meses computados desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos previstos en la misma. En caso de que su participación en una entidad de crédito no alcance los niveles previstos en el artículo 32, se transformarán en fundaciones ordinarias”.

Repárese en que habla tal disposición de que la “participación” de la fundación de carácter especial es la que ha de alcanzar los niveles previstos en el artículo 32.

Y el artículo 32.1 de la citada Ley 26/2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias establece lo siguiente:

“Se entenderá por fundación bancaria aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 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”.

Por tanto, conocido que la Fundación que nos ocupa sólo poseía aproximadamente un 1,2 por ciento del capital de Caixabank, S.A., sólo nos resta examinar si, en palabras del referido precepto, mantiene la misma “una participación en una entidad de crédito que (...) le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración”.

Pues bien, en ninguno de los documentos obrantes en el expediente o a los que el mismo hace alusión se certifica que la citada fundación mantenga “una participación” que, repetimos, “le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración”.

Por el contrario, sólo existen menciones vagas a que mediante un acuerdo de accionistas, de fecha 1 de agosto de 2012, determinadas Cajas

de Ahorros (la Caixa, Caja Navarra, Cajasol, Caja Canarias y Caja de Burgos) suscribieron un “pacto de accionistas de Caixabank, S.A.”, al que ahora nos referimos.

Pero esto, adelantamos ya, no es “mantener una participación” que le permita a la propia fundación “*nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración*” (del órgano de administración de Caixabank, S. A.).

Porque, ¿qué dice el pacto referido? Dice el mismo, según ha podido ser examinado en Internet, lo siguiente (y en similares términos se refiere a su antecedente en el tiempo el dictamen aprobado): “*Mientras se mantenga el compromiso de no disposición regulado en el Cláusula 4 siguiente, las Cajas propondrán el nombramiento de 2 miembros del Consejo de Administración de Caixabank, comprometiéndose “la Caixa” a votar en la Junta General de Caixabank a favor de los candidatos propuestos por las Cajas*”.

¿Se deriva de ello que, como exige el citado artículo 32 de la ley 26/2013, la Fundación Caja Navarra, y precisamente ella, mantenga una participación en Caixabank S.A. que le permita nombrar algún miembro del órgano de administración -de Caixabank, S. A-?

Es obvio que no.

El pacto de accionistas únicamente regula la facultad de cuatro Cajas de Ahorro de proponer dos nombres (ni siquiera se deriva de ello que uno de esos nombres haya de ser el sugerido, en tal año 2012, por Caja Navarra) para que “la Caixa” vote a esas dos personas como miembros del Consejo de Administración de Caixabank.

Y no se diga que este pacto de accionistas (de duración limitada en el tiempo, según especifican las cláusulas del citado pacto) determina una actuación concertada única y que, por ende, todas las Cajas de Ahorro que firmaron el mismo actúan como una única fundación y que, en consecuencia, todas gozan de la naturaleza de fundación bancaria, pues

precisamente a dos supuestos de actuación concertada se refieren los artículos 42.2 y 49.2 de la citada ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, y, no obstante dicha actuación concertada, tales preceptos establecen claramente que las fundaciones agrupadas mantienen su condición originaria de fundaciones bancarias u ordinarias. Es decir, la actuación concertada no otorga a una fundación ordinaria la condición de bancaria, por más que dicha actuación concertada les conduzca a las fundaciones agrupadas a tener una participación significativa en la entidad de crédito en la que participan. Dice, en efecto, el artículo 49 citado: *“Las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen de forma concertada en una misma entidad de crédito (...)”*. Y, en el mismo sentido, el artículo 43.2 de la misma ley habla de que *“A los efectos de este título, se entenderá como una única participación la de todas las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen de forma concertada en una misma entidad de crédito, en cuyo caso deberán cumplir con las obligaciones establecidas en este capítulo de manera conjunta”*.

Las mismas dudas que asaltan a esta firmante sobre el particular referido asaltaron a los cinco Magistrados del Tribunal Constitucional que formularon un voto particular discrepante en relación con el Auto de suspensión de los efectos de la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones (Auto num. 265/2014, de 4 noviembre), voto discrepante que reproducimos por su interés (los subrayados son míos):

“1. Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez respecto del Auto dictado en el recurso de inconstitucionalidad 3552-2014, al que se adhieren las Magistradas doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, y los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos.

(...)

A nuestro juicio resulta diáfano que la decisión mayoritaria no es consecuente con la anterior doctrina pues, pese a afirmarla como supuesto punto de partida de su razonamiento, no solo no ha quedado acreditado, sino que ni siquiera se ha argumentado que la eficacia de la norma impugnada pueda causar unos perjuicios de imposible o difícil reparación.

El modo de argumentar del Auto nos plantea dos problemas: a) parte de una premisa no comprobada como es que la Ley estatal 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias “ordena en todo caso la conversión de las fundaciones especiales procedentes de las Cajas de Ahorro en fundaciones bancarias”, de manera que la Ley Foral establecería una serie de disposiciones en el ámbito organizativo y de control incompatibles con lo dispuesto en dicha Ley 26/2013 y b) a partir de esa premisa errónea aprecia que se producen dos perjuicios que no han quedado acreditados. El primero es que el cambio de modelo organizativo afectaría al sistema crediticio español en la medida en que los órganos de las fundaciones adoptan decisiones en la gestión de sus participaciones financieras de las entidades de crédito, pues la fundación Caja Navarra es propietaria en una porción minoritaria de una entidad de crédito considerada sistémica —Caixabank— y el segundo, relacionado con el anterior, es que el levantamiento de la suspensión conllevaría una duplicidad de modelos organizativos con la consiguiente indefinición en la organización de la fundación Caja Navarra que acabaría repercutiendo en la mencionada entidad de crédito.

a) Que la premisa de la que parte la mayoría para fundamentar la suspensión no es correcta lo pone de manifiesto una somera lectura, sin entrar en el análisis de fondo, impropio de este incidente, de la Ley 26/2013. Frente a lo que ha alegado el Abogado del Estado, la norma estatal no opta por un único modelo de organización para las fundaciones que son propietarias, en todo o en parte, de una entidad de crédito sino que permite que tanto las denominadas fundaciones bancarias como las ordinarias puedan tener participaciones en las entidades de crédito (así, en los arts. 34, 36, 43.2 o disposición adicional primera). Lo que ocurre es que en los casos previstos en el art. 32.1 tales fundaciones han de configurarse necesariamente como fundaciones bancarias (aquellas que mantengan una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por 100 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). Es, pues, la propia norma estatal la que admite que las fundaciones ordinarias pueden tener participaciones en entidades de crédito, por lo que el levantamiento de la suspensión en ningún caso provocaría la adopción de un modelo desconocido por la norma estatal. De hecho, la explicación de la razón por la que la fundación Caja Navarra se ha transformado en fundación bancaria no está propiamente en la Ley 26/2013, sino en el informe del Ministerio de Economía y Competitividad que obra en los autos, pues, según se recoge en los antecedentes, Caja Navarra “debía convertirse en Fundación Bancaria, ya que siempre que exista un pacto entre fundaciones que permita de forma conjunta cumplir los requisitos

relativos a la transformación en fundación bancaria, las entidades que hayan concluido esos pactos habrán de convertirse en fundaciones bancarias". En realidad, es esa interpretación del marco legal estatal realizada por un órgano administrativo lo que se considera afectado por la Ley Foral impugnada. La clave de esa interpretación descansa en un documento privado, el llamado "Pacto de Accionistas": la Caixa, como accionista mayoritario, se compromete a votar en la junta general de CaixaBank a favor de los candidatos propuestos conjuntamente por las otras cuatro cajas firmantes en el pacto, a las que se les reserva la facultad de proponer el nombramiento de dos miembros del Consejo de Administración.

Es decir, la supuesta contraposición de modelos organizativos de los que el Auto va a extraer los perjuicios determinantes para el mantenimiento de la suspensión no deriva directamente de lo dispuesto en la Ley estatal sino del criterio de un órgano administrativo respecto a la aplicación de la norma, criterio que, basado en un acuerdo entre particulares, el pacto de accionistas, es el que se hace ahora prevalecer sobre la decisión del legislador autonómico. Por otra parte, es significativo que el acto administrativo en el que se plasma ese criterio, la aprobación de los estatutos sociales de la fundación bancaria Caja Navarra, sea de fecha 27 de junio, esto es, muy posterior a la publicación oficial de la Ley Foral 2/2014 que tuvo lugar el 25 de febrero de 2014.

b) A partir de la acrítica aceptación de la equivocada premisa de la que parte el Abogado del Estado, el Auto de la mayoría llega a conclusiones asimismo erróneas en la ponderación de los perjuicios al interés general y al de terceros que, en este caso, no son otros que los de la propia fundación Caja Navarra.

En cuanto a los perjuicios para el interés general se estima que la conversión de Caja Navarra en fundación bancaria es necesaria para el buen funcionamiento del sistema financiero atendiendo a su participación en Caixabank, pues el perjuicio vendría dado porque "los órganos de las fundaciones adoptan decisiones en la gestión de sus participaciones financieras de las entidades de crédito" y de ahí se concluye que "parece evidente" que "la modificación del modelo organizativo de la entidad tendría incidencia en la entidad de crédito". Con tan endeble conclusiones se consideran acreditados los perjuicios, que, en nuestra opinión, en ningún momento se demuestran. Al Auto, desconociendo la necesidad de ponderación propia de este incidente, no le parece siquiera relevante detenerse en analizar si la fundación Caja Navarra ostenta una participación significativa en la entidad de crédito que le permita influir de forma decisiva en la gestión, ya que lo único que se dice es que puede proponer "en concierto con otras fundaciones", en concreto otras tres,

el nombramiento de dos miembros del Consejo de Administración así como participar en un consejo asesor. No se analiza en qué medida esta reducida participación (propuesta mancomunada de nombramiento de dos miembros de un órgano que, en principio, puede tener hasta quince y participación de la determinación de los miembros de un consejo asesor para Navarra) puede permitir influir de forma efectiva en la gestión de la entidad de crédito hasta el punto de condicionarla y, por su carácter sistémico, afectar al sistema financiero en su conjunto. Tampoco se explican las razones por las que, para realizar ambas tareas, es perjudicial que Caja Navarra ajuste su funcionamiento a lo dispuesto en la Ley Foral ahora suspendida y es, por el contrario, esencial que se configure como una fundación bancaria. Si ya es difícil aceptar en términos generales y abstractos que un cambio en el modelo organizativo de una fundación pueda afectar a la totalidad del sistema financiero, lo es mucho más si, como en el caso, no se aporta dato alguno que permita llegar a esa conclusión. El Auto, en suma, no demuestra que el cambio de modelo organizativo de una sola fundación tenga efectos materiales en la viabilidad, operatividad, solvencia, etc. de CaixaBank, mucho menos en todo el sistema financiero.

El segundo perjuicio apreciado por el Auto de la mayoría consiste en la supuesta afectación a la seguridad jurídica de la fundación Caja Navarra. Se obvia que serían en todo caso perjuicios para los intereses privados (los de la propia Caja Navarra), con lo que lo primero que debería explicarse es la razón por la que deben prevalecer sobre los públicos asociados a la presunción de constitucionalidad de la norma. Y, en todo caso, el levantamiento de la suspensión no origina el perjuicio que la mayoría aprecia. Simplemente supone que la fundación Caja Navarra ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley Foral 2/2014, lo que, para la legislación estatal no supone problema alguno, como ya hemos comprobado antes. La inseguridad vendría determinada por una actuación administrativa, el acto de aprobación de los estatutos, que es de fecha posterior a la Norma Foral y, en todo caso, esa inseguridad se podría salvar con la aplicación de las propias disposiciones de la Ley Foral. Tampoco se hace aquí ponderación alguna sobre el modo en que esa pretendida inseguridad jurídica afecta a un tercero, la entidad de crédito, sino que, una vez más, se acepta acríticamente el perjuicio para el interés privado que alega el Abogado del Estado.

Al final, en el fondo, el Auto se ve forzado a admitir que lo que es susceptible de provocar una grave perturbación que afecta a la estabilidad del sistema financiero es la naturaleza jurídica de quien tiene, junto a otras tres fundaciones, la facultad de propuesta de dos miembros del Consejo de Administración de una entidad de crédito. Sin

embargo nos resistimos a creer que nuestro sistema crediticio tenga unas bases tan frágiles que una cuestión tan nimia sea capaz de ponerlo en tela de juicio. Lo que en realidad ocurre, y no es la primera vez, es que el Auto de la mayoría pondera de forma inadecuada los distintos intereses en presencia (en ese sentido los votos particulares formulados a los ATC 69/2014, de 10 de marzo, y 115/2014, de 8 de abril).

Es, por último, inconsistente la argumentación con la que se cierra el Auto en el sentido de que el mantenimiento de la suspensión comporta que no se suscite inseguridad jurídica sobre el régimen aplicable a la fundación Caja Navarra. Lo que ha de ponderarse en este incidente es la dificultad de reparar los perjuicios que originaría el levantamiento de la suspensión, no que la suspensión de la eficacia no causa perjuicios irreparables. Tal modo de razonar desconoce la presunción de constitucionalidad de la norma, que únicamente puede ceder en aquellos casos en los que se haya demostrado o razonado consistentemente que su vigencia origina perjuicios de imposible o difícil reparación.

Es patente que eso no ha sucedido en este caso, pues no se ha concretado cuál es el interés general que pudiera verse afectado, ni, mucho menos, se ha apreciado perjuicio irreparable alguno. Todo ello hubiera debido llevar a levantar la suspensión de la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones”.

Finalmente, debe señalarse que en el Boletín oficial de la Junta de Andalucía, de 29 de septiembre de 2014, se publica la Resolución de 3 de julio de 2014, de la Dirección General de Justicia Juvenil y Cooperación, por la que se acuerda la inscripción en el Registro de Fundaciones de Andalucía de la modificación estatutaria de la Fundación de Carácter Especial Monte de San Fernando (Monte San Fernando), antes Cajasol, firmante también, diremos aquí, del referido pacto de accionistas de Caixabank, S.A.. En dicha Resolución se consigna que la misma se ha transformado en una Fundación Ordinaria, al amparo, como se recoge, de las previsiones de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias.

Así pues, en conclusión, con todo respeto por la opinión mayoritaria de los miembros del Consejo de Navarra, estimo que el dictamen debió señalar, en relación con la primera cuestión consultada, que la naturaleza jurídica de la “Fundación Caja Navarra” no era, por mor de las prescripciones de la

citada Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, la de fundación bancaria, sino la de fundación ordinaria.

En Pamplona, a 17 de abril de 2015.