

Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones

Alberto Emparanza Sobejano (dir.)

5

57.855

ALBERTO EMPARANZA SOBEJANO
(Dir.)



NUEVAS ORIENTACIONES EN LA ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURACIÓN JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES

Autores:

- José Miguel Embid Irujo
- Alberto Emparanza Sobejano
- Elena F. Pérez Carrillo
- Arantza Martínez Balmaseda
- Carmen Alonso Ledesma
- Nerea Iráculis Arregui
- Rafael La Casa
- María Font i Mas
- Belén García Álvarez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN , por <i>Alberto Emparanza Sobejano</i>	15
FUNDACIÓN, EMPRESA, PATRONATO , por <i>José Miguel Embid Irujo</i> .	17
I. ACTUALIDAD DE LA FUNDACIÓN, COMO PERSONA JURÍDICA, Y DE SU DERECHO (A MODO DE INTRODUCCIÓN).....	17
II. LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR DEL MERCADO.....	19
1. Consideraciones generales	19
2. El reflejo normativo de la naturaleza de la fundación como operador del mercado	22
III. LA FUNDACIÓN COMO FÓRMULA JURÍDICA PARA EL ENCAUZAMIENTO DE LA CRISIS DEL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL.....	24
IV. SENTIDO Y CARACTERES DE LA TIPIFICACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE FUNDACIONES: FIGURA GENERAL <i>VERSUS</i> FIGURAS ESPECIALES.....	26
V. EL RELIEVE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONFIGURACIÓN CONCRETA DE LA ESTRUCTURA FUNDACIONAL	28
VI. EL SIGNIFICADO PARTICULAR DE LA FUNDACIÓN EMPRESARIA	32
VII. PERFILES BÁSICOS DEL PATRONATO COMO ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN	38
1. Consideraciones generales	38
2. Hacia una mayor complejidad orgánica en el Derecho de fundaciones.....	39
2.1. El supuesto de la fundación bancaria	39
2.2. La pluralidad orgánica en el marco general del Derecho de fundaciones.....	40

	Pág.
2.3. Esbozo sobre las posibilidades funcionales de la pluralidad orgánica.....	43
VIII. CONSIDERACIONES FINALES.....	46
LA TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN DEL PATRONATO DE LAS FUNDACIONES CON ACTIVIDAD EMPRESARIAL, por Alberto Emparanza Sobejano	49
I. INTRODUCCIÓN.....	49
II. EL DEBER DE LEALTAD DEL PATRONO.....	52
III. LA TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN DEL PATRONO.....	54
1. La obligación de informar al patronato sobre los conflictos de interés del patrono.....	54
1.1. Obligación de informar del conflicto a la fundación y al protectorado.....	56
1.2. Obligación de abstención del patronato en la toma de decisión.....	57
1.3. Autorización de la fundación a la actuación del patrono.....	58
2. La especial necesidad de dicha información a causa del carácter gratuito del cargo de patrono.....	59
IV. LOS POSIBLES CONFLICTOS DE INTERÉS DEL PATRONO.....	61
1. Planteamiento.....	61
2. La autocontratación.....	62
3. Aprovechamiento de la fundación en beneficio propio....	64
4. La obtención de una remuneración.....	65
V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LEALTAD.....	66
1. El ejercicio de acciones de impugnación dirigidas a anular los acuerdos del patronato.....	67
2. El cese y la responsabilidad del patrono incumplidor.....	68
3. La restitución del enriquecimiento.....	70
LA GESTIÓN DEL PATRONATO DE LAS FUNDACIONES Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, por Elena F. Pérez Carrillo.....	73
I. INTRODUCCIÓN. RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS FUNDACIONES.....	73
1. Bases históricas.....	76
2. Concepción de la Responsabilidad social societaria en la Unión Europea.....	78

II.	INTERESES QUE CONFLUYEN EN LA GESTIÓN DE LAS FUNDACIONES.....	82
1.	Interés general.....	84
2.	Afectación del patrimonio al objeto fundacional.....	86
3.	Otros intereses y objetivos: <i>stakeholders</i>	88
4.	Gobernanza de intereses de <i>stakeholders</i>	90
4.1.	El patronato	92
4.2.	Los patronos	95
4.3.	Supervisión	98
III.	GESTIÓN «SOCIALMENTE RESPONSABLE» DE LAS FUNDACIONES.....	99
1.	Responsabilidad Social de la fundación.....	99
1.1.	Responsabilidad Social como criterio de integración e interpretación de los deberes de gestión diligentes del patronato.....	100
1.2.	Responsabilidad Social como criterio de inversión de las fundaciones	101
2.	Fundación como ejercicio de la RS de un grupo empresarial, y como accionista-gestora de una «obra social»	102
IV.	REFLEXIONES Y PROPUESTAS CONCRETAS PARA MEJORAR LA ACTUACIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE DEL PATRONATO.....	104
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	106
LA RETRIBUCIÓN DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES, por <i>Arantza Martínez Balmaseda</i>		111
I.	INTRODUCCIÓN.....	111
II.	LA GRATUIDAD DEL CARGO DE PATRONO EN LA LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE, DE FUNDACIONES..	112
1.	Introducción.....	112
2.	La gratuidad del cargo de patrono	113
3.	Derecho al reembolso de gastos debidamente justificados ..	116
4.	Retribuciones por la prestación de servicios a la fundación distintas a las del propio cargo de patrono.....	118
4.1.	La posibilidad de percibir remuneraciones por prestar servicios distintos al cargo de patrono.....	119
4.2.	Autorización del protectorado.....	122
III.	PROPUESTAS EN TORNO A LA RETRIBUCIÓN DE LOS PATRONOS: LA POSIBILIDAD DE RETRIBUIR EL CARGO DE PATRONO	124
1.	Introducción.....	124
2.	Gratuidad o remuneración del cargo de patrono.....	125

ÍNDICE

	Pág.
3. Transparencia de las retribuciones a través de los códigos de buen gobierno.....	128
IV. CONSIDERACIONES FINALES	130
LAS FUNDACIONES BANCARIAS, por Carmen Alonso Ledesma	133
I. CONSIDERACIONES GENERALES: LAS FUNDACIONES BANCARIAS EN EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL	133
II. CONCEPTO, CARACTERES Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS	137
III. EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS	139
1. Modo de constitución y sujetos obligados	139
2. Procedimiento de transformación.....	143
3. Excepción a la transformación: el plan de retorno.....	146
IV. LAS RELACIONES ENTRE LA FUNDACION BANCARIA Y EL BANCO PARTICIPADO	147
1. Consideraciones generales.....	147
2. El protocolo de gestión de la participación financiera	148
2.1. Valoración general.....	148
2.2. Contenido del protocolo de gestión	150
3. Plan financiero	154
4. Relaciones en el plano societario	156
4.1. Limitación de los derechos políticos de las fundaciones bancarias como accionistas	156
4.2. Reparto de dividendos en las entidades de crédito controladas por las fundaciones bancarias.....	158
V. GOBIERNO CORPORATIVO	160
1. Los órganos de las fundaciones bancarias.....	160
2. El patronato: competencias y estructura organizativa	162
3. Régimen jurídico de los patronos.....	164
3.1. Sujetos susceptibles de ocupar el cargo de patrono y requisitos que han de cumplir.....	164
3.2. Incompatibilidad entre patronos de las fundaciones bancarias y administradores de los bancos participados	166
3.3. Duración del mandato	169
3.4. Retribución	170
4. Obligaciones de gobierno corporativo: informe anual de gobierno corporativo.....	171
5. Régimen de control: el protectorado y el Banco de España	173

VI. REFLEXIONES FINALES.....	173
PATRONO DE LA FUNDACIÓN BANCARIA Y CONSEJERO DEL BANCO PARTICIPADO: DOS CARGOS EXCLUYENTES , por <i>Nerea Iráculis Arregui</i>	175
I. INTRODUCCIÓN.....	175
II. REFORMA DEL MODELO ESTRUCTURAL DE LAS CAJAS DE AHORROS: REAL DECRETO-LEY 11/2010, DE 9 DE JULIO, DE ÓRGANOS DE GOBIERNO Y OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAJAS DE AHORROS...	177
1. Modelo de caja clásica.....	178
2. Modelo de caja matriz.....	179
3. Transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial.....	181
III. LA NUEVA REGULACIÓN: CONSIDERACIONES SOBRE EL GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN BANCARIA.....	182
1. Objetivo de la ordenación vigente: otorgar carta de naturaleza a las denominadas «fundaciones bancarias».....	183
2. Disposiciones en materia de gobierno de la fundación bancaria: régimen de incompatibilidades.....	186
2.1. Propósito de la nueva ordenación e instrumentos establecidos al efecto: total incompatibilidad entre la condición de patrono y la de consejero de la entidad bancaria participada o controlada.....	189
A. La adopción de la figura de la fundación bancaria.....	190
B. Ejercicio del derecho de propiedad por la fundación bancaria y garantía de una gestión profesional e independiente del banco participado.....	192
2.2. Se predice una mejora sustancial de la gestión de la entidad bancaria controlada o participada.....	198
LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS FUNDACIONES Y EL REGISTRO MERCANTIL , por <i>Rafael La Casa</i>	199
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	199
II. EL MARCO NORMATIVO VIGENTE EN MATERIA DE REGISTROS DE FUNDACIONES.....	203
1. Descripción general: la fragmentación registral.....	203
1.1. Consideraciones preliminares.....	203
1.2. El Registro de fundaciones de competencia estatal.....	203
1.3. Los Registros autonómicos de fundaciones.....	212

	Pág.
2. Valoración crítica: las graves deficiencias de la ordenación sobre registros de fundaciones	215
III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE FUNDACIONES	225
1. Delimitación general.....	225
2. En particular, la regulación de los registros de fundaciones.	233
IV. LAS FUNDACIONES Y EL REGISTRO MERCANTIL: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	238
V. LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA DEL RÉGIMEN REGISTRAL DE LAS FUNDACIONES	244
1. Planteamiento general: la necesidad de la reforma	244
2. La modificación de la regulación sobre registros de fundaciones contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones	246
3. La modificación del régimen de los registros de fundaciones en el marco general de la proyectada reforma integral de los registros	249
4. La inscripción de las fundaciones en el Registro Mercantil.	252
COEXISTENCIA DE PROTECTORADOS EN LA NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES EN DERECHO INTERTERRITORIAL ESPAÑOL , por <i>María Font i Mas</i>	259
I. PRESENTACIÓN: LA FUNCIÓN DEL PROTECTORADO	259
1. El interés general del fin fundacional y el control de su cumplimiento	260
2. Supervisión a la constitución y al desarrollo de las actividades fundacionales en Derecho comparado.....	262
II. PLURILEGISLACIÓN SOBRE FUNDACIONES EN ESPAÑA	266
1. Distribución competencial.....	267
2. Coexistencia de protectorados y registros: autonómicos y estatales	270
3. Determinación del protectorado competente.....	274
4. Actuación extraterritorial de las fundaciones	277
5. Elección de la ley y autoridades competentes.....	280
III. CONSIDERACIONES FINALES	284
IV. BIBLIOGRAFÍA	285
APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA , por <i>Belén García Álvarez</i>	287
I. INTRODUCCIÓN	287
II. RÉGIMEN JURÍDICO Y NOCIÓN DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.....	288

INDICE

	Pág.
III. CONSTITUCIÓN	292
1. Modos de constitución	292
2. Aspectos comunes.....	294
IV. ORGANIZACIÓN DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.....	296
1. Órganos de la fundación europea	296
2. Consejo de dirección.....	297
2.1. Facultades	297
2.2. Composición.....	298
2.3. Funcionamiento	299
2.4. Conducta debida.....	300
A. Deber de diligencia.....	300
B. Deber de lealtad.....	302
2.5. Cese.....	305
V. MODIFICACIONES ESTATUTARIAS.....	308
VI. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN	310
VII. SUPERVISIÓN	313
VIII. BREVE REFERENCIA A LOS ASPECTOS FISCALES DE LA PROPUESTA.....	314
IX. CONCLUSIONES.....	315