



Asesoramiento a las comisiones de Control de los Planes y Fondos de Pensiones,
Juntas directivas de las Mutualidades y Entidades de Previsión Social Voluntaria

LAS FUNCIONES DE LAS COMISIONES DE CONTROL DE PLANES Y FONDOS, Y REGULACIÓN GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS INTEGRANTES DE LAS MISMAS.

OFICINA MADRID

c/ Bravo Murillo 54, Esc. Dcha. 1º - 28003 Madrid
Tel. 91 451 67 00 - Fax 91 441 17 21
cpps.mad@consultoradepensiones.com

OFICINA BILBAO

c/ Lutxana 6, 4º Dcha. D - 48008 Bilbao
Tel. 94 415 90 68 - Fax 94 415 10 37
cpps.bio@consultoradepensiones.com

OFICINA BARCELONA

c/ Diputació 237, 3º 3ª - 08007 Barcelona
Tel. 93 272 06 17 - Fax 93 487 30 11
cpps.bcn@consultoradepensiones.com

www.consultoradepensiones.com

ÍNDICE	Pág
1.- INTRODUCCIÓN	2
2.- LAS COMISIONES DE CONTROL	3
2.1.- Las Comisiones de Control en los Planes y Fondos.	
2.2.- Funciones de las Comisiones de Control	
2.3.- Composición y régimen de funcionamiento.	
3.- EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES DE CONTROL.	13
3.1.- Responsabilidad administrativa.	
3.2.- Responsabilidad civil y penal.	

1.- INTRODUCCIÓN.

En el marco de la Jornada convocada por los responsables de Acción Sindical y de Previsión Social Complementaria de las Federaciones y Uniones de CCOO de Catalunya para el 10 de febrero de 2005 sobre Planes y Fondos de Pensiones, se solicitó de quien suscribe, en representación del Área Jurídica de Consultora de Pensiones y Previsión Social, la impartición de una Ponencia sobre la materia descrita en el encabezamiento, con el objeto de proporcionar una reflexión descriptiva sobre el actual marco competencial en que se desenvuelve la actuación de las Comisiones de Control de Planes y Fondos de Pensiones conforme a lo establecido, tanto en la regulación general contenida en los artículos 7.1 y 14.2 del RD Legislativo 1/2002 de 29 de noviembre, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones (en adelante LPFP), como en los artículos 29, 64 y concordantes del actual RD 304/2004 de 20 de febrero (en adelante RPFP) que lo desarrolla, sirviendo dicho análisis funcional como presupuesto para abordar el alcance de la responsabilidad en que pueden incurrir los integrantes de dichas Comisiones de Control en el ejercicio de su mandato representativo, tanto por el hecho de su pertenencia a dichos órganos colegiados, como en función de las competencias específicas que pueden desarrollar en los mismos.

La Ponencia requerida, aún referida al régimen de responsabilidad civil de los integrantes de las Comisiones de Control, se extenderá siquiera someramente, al régimen general de responsabilidad en cualesquiera órdenes jurisdiccionales que pueda serles exigible a los miembros de estos órganos de representación de los Planes y Fondos de Pensiones, como consecuencia de actuaciones vinculadas a su esfera competencial, ya deriven del régimen sancionador administrativo previsto específicamente en el artículo 36 de la LPFP, o bien de la responsabilidad común de carácter civil derivada de los daños y perjuicios susceptibles de generarse por dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de las obligaciones propias del cargo representativo desempeñado, conforme al artículo 1101 del Código Civil (en adelante CC) o, en todo caso, conforme al artículo 1902 del mismo, e incluso por la responsabilidad de resarcimiento inherente a la realización de conductas calificables como delito o falta a tenor de lo establecido en el artículo 116 del Código Penal (en adelante CP). No obstante, resultará inevitable el estudio prioritario del régimen de responsabilidad específico de carácter

administrativo, importado de la legislación sobre Ordenación de Seguros a la regulación sobre Planes y Fondos de Pensiones, por constituir el referente de máxima aproximación a las actuaciones cuya responsabilidad interesa delimitar, y dado que las responsabilidades civiles y penales operarán conforme a su regulación propia sin otra especialidad que la de su proyección sobre las conductas tipificadas en el ámbito que nos ocupa.

2.- INFORME.

2.1.- Las Comisiones de Control en los Planes y Fondos.

Los planes de pensiones de empleo -modalidad vertebral de la regulación sobre la materia, frente a los planes individuales y asociados que no constituyen más que sistemas de ahorro finalista-, se configuran como instituciones de previsión social que instrumentan compromisos colectivos de las empresas con sus trabajadores, materializados en una estructura normativa compleja cuya finalidad es garantizar a dichos trabajadores prestaciones de carácter privado y fundamentalmente complementarias del Sistema de Seguridad Social cuando se produzcan determinadas contingencias. Carentes de personalidad jurídica propia, la formalización propiamente del plan de pensiones se produce a partir de la integración del proyecto regulador elaborado por una Comisión Promotora, necesariamente paritaria (artículo 27.3 del RPFP), en un denominado Fondo de Pensiones, que debe aceptar dicho proyecto así como la integración del patrimonio y de las contribuciones económicas precisas para atender al cumplimiento de las prestaciones comprometidas y derivadas de la ejecución del plan: “el plan se entenderá formalizado a la fecha del acuerdo de admisión en el fondo”, dice textualmente el párrafo final del artículo 27.6 del RPFP.

El Fondo por su parte, que conforme al artículo 3 del RPFP no es en definitiva más que un patrimonio creado y adscrito al exclusivo fin de dar cumplimiento a planes de pensiones, también carece de personalidad jurídica propia, existiendo una interrelación absoluta entre plan y fondo, sin perjuicio de que este último, al contener el elemento patrimonial indispensable para garantizar los compromisos asumidos en el plan, debe ser administrado necesariamente por una Entidad Gestora, que puede ser bien una Entidad Aseguradora (también como tal, una Mutualidad de Previsión Social: artículo 80 del RPFP), o bien

una sociedad anónima dotada de una autorización administrativa especial para esta función, y con el concurso de una Entidad Depositaria.

La complejidad ya anunciada de dicha estructura impone la necesidad de que tanto en el Plan como en el Fondo, existan unos órganos denominados Comisiones de Control, con funciones de participación de los elementos personales del Plan y de representación judicial y extrajudicial ante la carencia de personalidad jurídica de ambos. En los Fondos, la representación de la Comisión de Control puede delegarse en la Entidad Gestora, pero se mantiene en todo caso una función de supervisión de la gestión de ésta así como del cumplimiento del plan o planes adscritos. De cada uno de ellos, la respectiva Comisión de Control no sólo es el órgano de participación y representación tal como se apuntó, sino que también asume las funciones de supervisión y control del cumplimiento por parte de la Gestora de su función de gestión y administración del Plan, y de garantía y efectividad de las prestaciones comprometidas en el reglamento regulador, denominado comúnmente Especificaciones. Cuando el Fondo de Pensiones integra un único Plan, la Comisión de Control del Plan actúa también como Comisión de Control del Fondo, superponiendo al importante y no exhaustivo bloque funcional del artículo 7 de la LPFP, el no menos relevante establecido en el artículo 14.2 de dicha Ley y cuyo desarrollo reglamentario no ha deparado novedades dado el completo tratamiento que sobre tan importantes instituciones se contenía en la regulación legal de referencia.

2.2. Funciones de las Comisiones de Control.

Se hace preciso, sin más pretensión que la descriptiva, y como presupuesto del ámbito de responsabilización que le podrá ser exigible tanto a la Comisión de Control como órgano rector del Plan o del Fondo, como a los miembros que la integran, efectuar una somera relación de las competencias que tienen legalmente atribuidas, y que constituyen por ello el marco de sus obligaciones, y consecuentemente, de sus responsabilidades.

2.2.1.- Comisión de Control del Plan.

- A) Como función general, constitutiva de la primera y posiblemente principal competencia de la Comisión de Control, tanto en el artículo 7 de la LPFP como en el artículo

29 del RFPF, se halla la de supervisar el cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo que se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios. Ello supone por tanto, la obligación de controlar el funcionamiento y la ejecución del plan de conformidad con las denominadas Especificaciones reguladoras del mismo, cuyo contenido mínimo se detalla en el artículo 18 del RFPF, y atribuye competencia general a la Comisión de Control para todos los actos relevantes de decisión en el desenvolvimiento del plan, desde su creación hasta su terminación, con especial atención en todo su desenvolvimiento a la protección de los derechos de partícipes y beneficiarios, cuyo interés resulta prevalente frente a cualquier otra consideración tal como resaltan los artículos 4 y 69 del RFPF, clarificadores de este extremo frente a las entidades especializadas que administran y custodian el plan, como las gestoras y depositarias.

- B) Seleccionar al actuario o actuarios que deban certificar la situación y dinámica del plan, en los términos contenidos en el artículo 7.b) de la LPFP, a los que el artículo 29.b) del RFPF añade la de designar también al actuario independiente para la revisión del plan conforme a lo previsto en el artículo 23. Esta última designación es sin duda la de mayor relevancia pues mientras la existencia de un actuario para el desenvolvimiento ordinario no es preceptiva, salvo en la fase previa de redacción de la base técnica, los actuarios independientes en los términos de la Disposición Adicional III del RFPF, tienen una función trascendental en la verificación de la corrección del sistema financiero y actuarial de los planes que se impone con las revisiones anuales o trienales, máxime a la vista del enriquecimiento de contenidos que despliega el actual artículo 23 del RFPF, y que desarrollará de forma exhaustiva la Ponencia de Ignacio del Barco.
- C) Precisamente como consecuencia de dichas revisiones, puede resultar procedente la adopción por la Comisión de Control de acuerdos de modificación sobre aportaciones, prestaciones u otras variables o aspectos del plan, tal como incorpora el artículo 29.c) del RFPF con remisión al artículo 33, que posibilita a su vez en congruencia con el artículo 6.3 de la LPFP, una perfecta coordinación entre el plan de pensiones y la negociación colectiva, admitiendo el nivel de permeabilidad que se quiera adoptar para aquél respecto de ésta. Sea a través de la negociación colectiva o en todo caso

como resultado de las revisiones, los acuerdos de adaptación financiero-actuarial son, probablemente, las decisiones más relevantes que pueden y deben adoptar las Comisiones de Control, hasta el punto de que tres de las seis causas de terminación de un plan en el artículo 24 del RFPF están vinculadas a las mismas.

- D) Nombramiento de los representantes de la Comisión de Control del Plan en la Comisión de Control del Fondo al que esté adscrito, y supervisar la adecuación del saldo de la cuenta de posición del Plan en el Fondo, conforme a los requerimientos de su régimen financiero. La primera función es consecuencia del carácter representativo de los intereses personales presentes en el Plan, que se proyecta en el Fondo donde necesariamente ha de integrarse su patrimonio. Cuando el Fondo es uniplan tal como se anticipó, la Comisión de Control del Plan es y ejerce las funciones de Comisión de Control del Fondo conforme al artículo 63.1.a) del RFPF, pero cuando estamos ante un Fondo multiplan, la Comisión de Control del Fondo podrá formarse con representantes de cada uno de los Planes o mediante una representación conjunta conforme al párrafo segundo del citado artículo 63. En el primer caso, denominado de representación agregada, cada Plan designará por su Comisión de Control al menos dos representantes, uno por partícipes y otro por beneficiarios, en la Comisión de Control del Fondo.

Por su parte, el supervisar la adecuación del saldo de la cuenta de posición, constituye una muy relevante función que incorpora la sistemática del actual artículo 29. d) del RFPF, y que es manifestación de la función general de supervisión antes analizada, sin perjuicio de que su especialización técnica impone el que la misma sea objeto de control auditor respecto de las cuentas anuales de la gestora, y actuarial respecto del régimen financiero.

- E) La representación judicial y extrajudicial de los intereses colectivos de partícipes y beneficiarios en relación con el Plan, constituye una función de extraordinaria relevancia al definirse el Plan como una institución de previsión carente de personalidad jurídica propia, pero susceptible de ostentar la titularidad de derechos y obligaciones ejercitables en cualesquiera jurisdicciones e instancias públicas o privadas, por lo que la titularidad y personificación de la representación adquiere una especial relevancia. La Comisión de Control no

sólo es así el órgano a través del que se encauza la participación y representación de todos los elementos personales del Plan, sino que también es quien los representa así como al Plan como tal en todos los ámbitos.

La inclusión de la precisión de que los intereses de partícipes y beneficiarios susceptibles de ser representados, sean los “colectivos”, parece una cautela innecesaria por resultar evidente que no puede pretenderse la representación de los intereses puramente privativos, al igual que ocurre con la capacidad “representativa sólo de intereses generales”, de otro órgano representativo sin personalidad jurídica como es el Comité de Empresa conforme al artículo 65 del RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, aprobatorio del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET).

- F) Por último, si bien en el apartado e) del artículo 29 del RFPF, se contiene una referencia de cierre, como cajón de sastre ilustrativo de no hallarnos ante un “numerus clausus”, conforme al que la Comisión de Control tiene competencia para proponer y, en su caso decidir, en las demás cuestiones sobre las que la Ley y el Reglamento le atribuyan competencia, a lo que habría que añadir igualmente las cuestiones que así se hayan configurado en las Especificaciones de cada Plan. Baste reseñar que dos exigencias ineludibles de las Especificaciones son las relativas al régimen de constitución y funcionamiento de la Comisión de Control, así como las que regulan los requisitos y procedimiento de modificación del Plan (artículo 18. b) e i) del RFPF), de lo que se infiere que con respeto a dichos requisitos y procedimiento, así como a las reglas de funcionamiento y adopción de acuerdos de la Comisión, la capacidad de actuación de ésta abarca todos los aspectos imaginables dentro del respeto al modelo normativo diseñado por el legislador.

Funciones significativas introducidas en el actual RFPF y no contempladas en el artículo 29 vienen referidas a la mejora del control de la política de inversión desde el propio Plan, desde su diseño hasta las competencias que refleja el artículo 32.2 del RFPF, o el artículo 65 del mismo en materia de decisiones directas de inversión.

2.2.2.- Comisión de Control del Fondo.

- A)** De forma muy genérica dado el paralelismo entre las funciones descritas para el Plan y las que contempla el artículo 64 del RFPF, baste señalar que la Comisión de Control del Fondo de Pensiones tiene asignadas las competencias de supervisión del cumplimiento no sólo de las normas de funcionamiento del propio Fondo, cuyo contenido mínimo se contiene en el artículo 59 del RFPF, sino también de todos y cada uno de los Planes que al mismo estén adscritos, por lo que se refuerza de forma significativa el control sobre éstos.
- B)** El nombramiento de los expertos cuya actuación resulte exigible, sin perjuicio de las facultades de cada Plan, se contempla en el apartado c), y junto con el apartado e) está vinculado a la posibilidad de enjuiciar adecuadamente la actuación de la gestora en su obligada función de administración de los Fondos. Específicamente se hace referencia a la obligación de exigir la responsabilidad que procediese conforme al artículo 22 de la LPFP y 4 del RFPF. También relacionado con ello, está la posibilidad de sustitución de las Entidades Gestora o Depositaria, que otorga a los planes e incluso fondos de pensiones una capacidad incuestionable de dirigir las riendas del proceso de gestión y administración que desean para sus compromisos y para el patrimonio afecto a los mismos. Por último, dada la relevancia de la intervención de terceras entidades especializadas en los fondos, es notable el cúmulo de previsiones competenciales establecidas al respecto a favor de las Comisiones de Control pues, ciertamente son las únicas de las que cabe esperar, además de la DGSFP, una verdadera función objetiva de supervisión al resultar paradójico en no pocos ámbitos, que resulten eficaces las obligaciones legales de control mutuo de gestoras y depositarias conforme a los artículos 81 y 83 del RFPF, cuando son entidades coincidentes. La posibilidad para la Comisión de Control de suspender la ejecución de actos y acuerdos contrarios a los intereses del Fondo, se contempla en el apartado g), y debe relacionarse con la prioridad plena de los intereses de partícipes y beneficiarios en caso de conflicto, que establece con contundencia el artículo 69 del RFPF.

- C) La Comisión de Control tiene la competencia para la aprobación de la integración de nuevos Planes, función que puede delegar en la gestora, al igual que la propia representación del Fondo tal como se señaló. Es importante reseñar que en el artículo 81 del RFPF se contiene una relación de competencias que sólo son asumibles por la gestora previa delegación expresa de la Comisión de Control, y con los límites que quieran establecer al respecto o que se pacten. Dichas funciones son las referentes a la selección de inversiones, vinculadas al diseño de la política de inversión conforme al artículo 69 del RFPF, las órdenes de compra y venta de activos del Fondo, el ejercicio de los derechos derivados de los títulos y las autorizaciones para el traspaso de cuentas de posición.
- D) Por último debe señalarse la posibilidad de que en los Fondos de Pensiones puedan constituirse Subcomisiones por razones de heterogeneidad en los tipos de planes, modalidades de inversión u otros criterios, siempre que los miembros de las mismas lo sean también de la Comisión de Control, y con las mismas garantías de adopción de acuerdos exigible a la Comisión conforme al artículo 64.4 del RFPF. En todo caso sólo son delegables en Subcomisiones, de las funciones señaladas, las de supervisión y control general de observancia, la representación, que resulta obvia pues cabe su delegación en un solo miembro como ocurre con el Presidente, y la aprobación de la integración de nuevos Planes.

2.3. Composición y régimen de funcionamiento.

La Comisión de Control del Plan está formada por representantes del promotor o promotores y representantes de los partícipes y, en su caso, beneficiarios, pudiendo aquéllos representar a éstos, y debiendo garantizarse la presencia de todos los intereses concurrentes. Junto al sistema de elección democrática en primer grado de los representantes de partícipes y beneficiarios, se ha ido abriendo camino en las sucesivas modificaciones legislativas, desde que el RD 1589/1999 lo admitiera para la Comisión Promotora, el régimen de designación directa por parte de la comisión negociadora del convenio, o por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa estableciendo así un mecanismo de representación de segundo grado que ratifica en el ámbito de la

previsión complementaria (actual artículo 31 del RFPF), los resultados de la elección directa de los representantes unitarios en la empresa. Ello permite también homogeneizar el régimen de designación directa aplicable a los representantes de los promotores y de los partícipes y beneficiarios, introduciendo para todos ellos una coordinación plena entre los ámbitos de representación laborales de referencia y los propios de estas instituciones de previsión complementaria empresarial: el sistema de designación y revocación libres para todos los integrantes de las Comisiones abona la búsqueda sintonía entre las decisiones, necesariamente vinculadas, que se pueden adoptar en la negociación colectiva laboral y el plan de pensiones, pese a la autonomía normativa formal de este último (artículo 6.3 y Disposición Final 1ª de la LPFP).

Sin perjuicio de que ello pueda tener relevancia en relación con la responsabilidad última de quien designa en tanto se acredite que el representante designado actuó cumpliendo instrucciones de aquél (véase a efectos ilustrativos el régimen del artículo 5 de la Ley 11/1985 de 2 de agosto, Orgánica de Libertad Sindical) el elemento determinante de la responsabilidad de un órgano como la Comisión de Control es sin duda su carácter colegiado, al igual que los Comités de Empresa o los Consejos de Administración, lo que significa que su régimen de funcionamiento y adopción de acuerdos se encuentra preestablecido y reglado, por lo que la eficacia y vinculación de los mismos, depende de su adopción conforme con dicha regulación, que en todo caso deberá respetar los principios democráticos de funcionamiento y ajustarse a las mayorías previstas en las Especificaciones.

Por lo que se refiere a la composición, el régimen originario - congruente con la titularidad de los recursos patrimoniales afectos al cumplimiento de los compromisos- de mayoría absoluta de los representantes de partícipes y beneficiarios en las Comisiones de Control, que ya había venido siendo relativizada por los acuerdos con mayoría cualificada que se aceptaron desde el primer momento, se vio truncado con la Ley 24/2001 incorporada en el actual artículo 7.3 de la LPFP, que impuso desde el 1 de enero de 2002 la paridad entre los representantes del promotor y de los partícipes en la Comisión, imponiendo una obligación de adaptación mediante acuerdo colectivo que vencía el 31 de diciembre de 2004. El artículo 30 y la Disposición Transitoria Quinta del RFPF permitió el respeto por las distribuciones con mayoría absoluta de los representantes de los partícipes

procedentes de la regulación precedente, así como constituciones no paritarias siempre que se amparasen en Especificaciones ratificadas por acuerdo colectivo.

El desequilibrio generado en muchos ámbitos con dichas alteraciones de una cuestión tan sensible como la señalada, obligó a prorrogar el periodo de adaptación hasta el 31 de diciembre de 2005 mediante el RD Ley 10/2004 de 23 de diciembre como es sabido, sin perjuicio de que la clave, a nuestro juicio, de la situación generada, no se encuentra tanto en la cuestión numérica, sin duda relevante pues ilustra de un reconocimiento de protagonismo a favor de partícipes y beneficiarios abandonado sin explicación, cuanto en la imposición de un régimen de acuerdos conforme al artículo 32 del RFPF, que parece dotar de una capacidad de resolución a los representantes del promotor, en todas las decisiones relevantes que se adopten en los planes de prestación y mixtos, que afecten al denominado “coste económico asumido por la empresa”, en las que se impone como mínimo el voto favorable de la mitad de los representantes del promotor. En todo caso, dado que la cuestión será tratada con detalle por Carlos Bravo en su posterior intervención, nos remitimos a la misma en aras a la brevedad.

La relevancia del sistema de adopción de acuerdos reseñado viene referida a la propia responsabilidad que veremos puede derivarse de la participación en su adopción, que se ha de reflejar en un acta, que debe levantar un secretario designado al efecto, incorporando a la misma el contenido de los acuerdos y la forma de su adopción. Igualmente la Comisión debe contar con un Presidente que suele asumir la dirección y ordenación de los debates, la ejecución de los acuerdos y la representación de la Comisión.

Por otra parte, recuérdese que ni el Plan ni el Fondo tienen personalidad jurídica propia, pero sí capacidad de obrar, y capacidad procesal, por lo que cualquier obligación patrimonial debe ejecutarse a través de ambos, de manera similar a como se actúa en los procesos especiales de Seguridad Social, donde se demanda a la Entidad Gestora como responsable del reconocimiento del derecho y a la Tesorería como titular del patrimonio afecto al cumplimiento de aquel derecho, lo que supone que también en este ámbito las discrepancias judiciales que contengan obligaciones de previsión complementaria, deban ventilarse a través de acciones que se ejerciten contra el Plan, representado a través de su Comisión de Control, y contra el Fondo a

través de la suya, si bien cabe la representación de éste a través de la Entidad Gestora del mismo.

La frecuencia con que han de adoptarse decisiones en cumplimiento de las obligaciones inherentes a la finalidad del Plan, y la relevancia patrimonial de las mismas es evidente, aunque son muy escasos los supuestos en que se haya generado una responsabilidad directa de la Comisión o de sus integrantes por daños y perjuicios, sin que puedan entenderse por tales la obligación del Plan de asumir, a través del Fondo, el pago de las prestaciones reconocidas judicialmente. Para alcanzar aquélla responsabilidad indemnizatoria debería acreditarse la concurrencia de un incumplimiento tipificado y cualificado de obligaciones por parte de todos o de algunos de los miembros de la Comisión, generador de perjuicios susceptibles de identificarse y cuantificarse, lo que resulta difícil en circunstancias normales dado el cúmulo de controles que operan en el desenvolvimiento del Plan, desde las propias Comisiones con dicho nombre, cuya composición paritaria abona el mutuo control entre las representaciones de partícipes y beneficiarios por un lado y del promotor por otro en el ejercicio diligente de funciones, pasando por las intervenciones institucionalizadas de auditorías en la Entidad Gestora, de control actuarial periódico y puntual, y sobre todo de la propia Administración a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que impone un régimen de ordenación y supervisión estricto dada la relevancia de los intereses afectados, y que resulta comprensivo de una regulación detallada, entre otras materias, en el ámbito sancionador, tipificándose en la Sección Cuarta del Capítulo IX de la LPFP, en los artículos 35 y 36, un régimen de infracciones y sanciones que por su especificidad constituirá el referente del análisis que se aborda a continuación.

3.- EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES DE CONTROL.

3.1. Responsabilidad administrativa.

Deriva del interés del Estado por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa reguladora a todos los intervinientes en el proceso de exteriorización de compromisos, y supuso desde el origen el establecimiento de un régimen de control administrativo desarrollado en el Capítulo VII del RD 1307/1988, y que

contemplaba una tipificación de infracciones y de sanciones, así como una determinación de órganos competentes para su imposición, y una remisión al procedimiento administrativo común contenido en la Ley de Procedimiento, que en breve sería la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, en sus artículos 127 a 138. Ya el artículo 52 de aquel RD 1307/1988 señalaba como potenciales responsables de las infracciones tipificadas a los miembros de las Comisiones de Control de los Planes y Fondos de Pensiones que las hubieran cometido o facilitado mediante su proceder.

Será a partir de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante LOSSP) cuando se introduzca el actual Capítulo IX en la LPFP, así como la remisión específica para el ejercicio de la potestad sancionadora, a las propias normas de la LOSSP hoy contenidas en el Texto Refundido aprobado por el RD Legislativo 6/2004 de 29 de octubre, en concreto a los artículos 40 al 48, que regulan los criterios de graduación de las sanciones, las competencias administrativas, las medidas inherentes a la imposición de sanciones y la prescripción de infracciones y sanciones.

Por lo que se refiere a la tipificación de las infracciones, el artículo 35 de la LPFP efectúa una adaptación del artículo 40 de la LOSSP, manteniendo entre los eventuales responsables de las infracciones a los miembros de las Comisiones y Subcomisiones de Control de Planes y Fondos, e incluyendo en la relación de conductas tipificadas como muy graves, graves y leves, las precisiones relacionadas con la intervención de las mismas en las conductas descritas, si bien el grueso de los supuestos tipificados como sancionables está referido al incumplimiento de obligaciones por las Entidades y sujetos especializados que intervienen en el proceso.

Por su parte, el artículo 36 de la LPFP delimita el régimen de responsabilidad aplicable a estos miembros, como tales personas físicas, al igual que se efectúa para los cargos de administración y dirección de las Entidades Gestoras y Depositarias, y de las Sociedades de Actuarios, que también podrán responder personalmente de los incumplimientos de la normativa reguladora descritos en el artículo 35, remitiendo expresamente dicho régimen a lo establecido en el artículo 42 de la LOSSP de forma que por principio, quienes ejerzan cargos de administración y dirección en las entidades señaladas, así como los miembros de las Comisiones y

Subcomisiones de Control, serán responsables de las infracciones muy graves y graves cometidas por las mismas cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente. Sin embargo, no se podrá exigir esa responsabilidad en los siguientes supuestos:

- Cuando quienes formen parte de órganos colegiados como es el caso que nos ocupa, no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes en que se adoptó la decisión infractora, o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos sancionables.
- Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u otras personas con funciones directivas, que por analogía habría que entender aplicable a Subcomisiones en su caso, o presidentes, secretarios o miembros con poderes delegados en el seno de las Comisiones de Control.

Las sanciones en que se puede incurrir están contempladas en el propio artículo 42 de la LOSSP, actualizado conforme a la Ley 44/2002 (cuya Disposición Final Cuarta autorizó el actual Texto Refundido), distinguiendo entre las sanciones aplicables en función de su gravedad:

- Para las infracciones muy graves, separación del cargo con inhabilitación para su ejercicio hasta un máximo de 10 años, suspensión temporal para el ejercicio entre 1 y 5 años, o multa a cada uno de los responsables por importe no superior a 90.000 euros, siendo esta sanción de multa compatible con la de inhabilitación.
- Para las infracciones graves, suspensión en el ejercicio del cargo por plazo no superior a un año, multa a cada uno de los responsables por importe no superior a 45.000 euros, compatible con la suspensión, y amonestación privada o pública.

Los criterios de graduación se hallan exhaustivamente detallados en el artículo 43 de la LOSSP al que se remite el artículo 36.5 de la LPFP, estableciendo como parámetros obligados de ponderación para la determinación de la sanción los siguientes: naturaleza y entidad de la infracción, así como grado de intencionalidad; gravedad del peligro creado o de los perjuicios causados; ganancias obtenidas como

consecuencia de los actos infractores; hecho de haberse procedido a la subsanación en la medida de lo posible a iniciativa del infractor; importancia del Plan en su caso por su volumen de partícipes o cuanta de posición; la reiteración de la conducta sancionable en el último año, o de conductas sancionables en general en los últimos 5 años. Existen igualmente parámetros de graduación a efectos de la calificación de la conducta en función del grado de responsabilidad, alcance de la representación con que se actuó, así como la reiteración.

Respecto de la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, se regula en el artículo 46 de la LOSSP y la asume la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para las infracciones graves y leves, bien por el propio Director General o por el órgano que designe, respectivamente; el Ministro de Economía y Hacienda a propuesta de la Dirección General para las muy graves y el Consejo de ministros para la sanción excepcional de revocación de autorización, referida a Entidades Gestoras y Fondos.

Por último, cabe añadir que el plazo de prescripción tanto de las infracciones como de las sanciones es de cinco años para las muy graves y graves, y de dos años para las leves, siendo el régimen de cómputo del dies a quo, y de interrupción el previsto en el artículo 45 de la LOSSP.

3.2.- Responsabilidad civil y penal.

Sin perjuicio de que en esta materia la regulación aplicable será la común en cada jurisdicción, se hará una somera descripción de los aspectos de interés relacionados con la responsabilidad específica de los miembros de las Comisiones de Control sin perjuicio de la aplicabilidad referencial de las conductas infractoras e identificación de sujetos responsables que hemos analizado en sede administrativa.

A. Responsabilidad civil.- La carencia de personalidad jurídica propia, así como consecuentemente, de un patrimonio propio afecto a sus funciones y obligaciones, impide que las Comisiones puedan ser declaradas responsables como tales de manera que la responsabilidad civil de las mismas se imputa a sus miembros, colectiva o individualmente considerados, en función de los criterios de participación en la adopción de decisiones, y de asunción competencial vistos para la identificación de las personas físicas responsables en sede administrativa (artículo 42 LOSSP). Ello es

consecuencia adicional del carácter colegiado del órgano y revela la trascendencia de la posición adoptada en el mismo, y de su reflejo en el acta correspondiente. No obstante, y aún siendo un supuesto similar al del régimen de responsabilización civil individual de los miembros de un Consejo de Administración conforme al artículo 33 de la LSA, en este caso la responsabilidad por los daños causados es solidaria, lo que significa que puede exigirse en su integridad de cualquiera de ellos sin perjuicio del derecho de repetición, mientras en las Comisiones de Control no, y habrá de distribuirse entre todos o los miembros declarados responsables, de manera análoga a como veíamos que se establecían las sanciones administrativas, para cada uno de los miembros responsables, debiendo responder cada uno de ellos con su patrimonio de la parte alícuota del perjuicio acreditado, de forma mancomunada ante la falta de mención expresa de una responsabilidad solidaria, que no se puede presumir (artículo 1137 del CC).

En todo caso, deben concurrir las exigencias jurisprudenciales clásicas para que opere esta responsabilidad, ya sea entendida como contractual al amparo del artículo 1101 del CC, o extracontractual conforme al artículo 1902 del CC. La diferencia estriba en entender que las obligaciones incumplidas por dolo negligencia o morosidad, derivan de una vinculación contractual entre los responsables de la Comisión de Control y el perjudicado, de forma que existe un mandato representativo basado en un acuerdo colectivo y en la propia naturaleza contractual del Plan y de su vinculación con el Fondo, que está en el origen de la regulación infringida, ya sea la específica del Plan o la genérica de carácter legal cuya obligación de respeto se impone tal como vimos. De no admitirse este origen de las obligaciones, siempre cabría canalizar la acción de resarcimiento, en especial cuando el perjudicado sea ajeno al círculo de partícipes y beneficiarios, a través de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 conforme a la cual, todo aquél que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a repararlo. La diferencia no es meramente conceptual pues, la prescripción de las acciones del artículo 1902 es de un año desde que lo supo el agraviado conforme al artículo 1968.2 del CC, mientras que en las acciones derivadas de responsabilidad contractual podría aplicarse el plazo de 15 años de las acciones personales conforme al artículo 1964 del CC, si bien parece más razonable la aplicación del plazo de 4 años de prescripción de la responsabilidad de los administradores tras el cese en su cargo conforme al artículo 949 del

Código de Comercio, dada la analogía con el origen de la responsabilidad susceptible de imputarse. La responsabilidad en todo caso será individualizada o colectiva, según el alcance de la actuación generadora de la responsabilidad, y en este último supuesto, de atribuirse la misma a toda la Comisión, será mancomunada según se apuntó.

Por último, respecto de las exigencias jurisprudenciales básicas, imponen como es sabido la concurrencia de una actuación ilícita por incumplimiento de las obligaciones legales, o convencionales, y ya sea dolosa, es decir con intencionalidad infractora, o meramente culposa por negligencia o morosidad. A dicho fin, la diligencia exigible se habrá de ponderar en función de que la integración en una Comisión no depende de la condición de técnico o experto en la materia, sino de un vínculo representativo, que además tiene carácter gratuito. En segundo lugar, debe acreditarse el daño patrimonial padecido, en sus distintas manifestaciones, distinguiendo entre el que es imputable a la responsabilidad patrimonial del Fondo, y el específicamente atribuible a todos o a alguno de los miembros de la Comisión, pues sólo de este último se derivará la responsabilidad civil. En tercer lugar debe acreditarse la relación causal directa entre la actuación de la Comisión como tal o de alguno de sus miembros, y el daño objetivado pues los elementos subjetivo y objetivo por sí solos no permiten la imputación de la responsabilidad civil por daños y perjuicios, a salvo de la concurrencia del nexo de causalidad referido entre uno y otro.

B.- Responsabilidad penal.- En este ámbito sólo cabe señalar, cuando menos, la posibilidad de subsunción de actuaciones de algún miembro o miembros de la Comisión de Control en comportamientos que superen la línea de lo sancionable administrativamente y de lo ilícito civil, entrando en el ámbito de la tipificación penal de delitos y faltas previstas en la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, aprobatoria del Código Penal. En este ámbito, debe recordarse que conforme al artículo 116 de dicho Código, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta (como señaladamente lo sería en este ámbito la falsedad en documentos públicos, la apropiación indebida o la estafa) lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios, determinando los Jueces y Tribunales, si son dos o más los responsables, la cuota de que deba responder cada uno. Debe recordarse que el artículo 113 del Código Penal establece que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se

hubieran irrogado a sus familiares o a terceros. En todo caso el perjudicado puede optar por exigir la responsabilidad ante la jurisdicción civil.

Como conclusión de cierre, dada la imposibilidad de contemplar toda la tipología de supuestos en los que podrían generarse los mecanismos de responsabilidad administrativa, y por daños y perjuicios derivados de la esfera de actuación de las Comisiones de Control, sin que ello afecte en modo alguno a la honorabilidad que se les ha de presumir a los integrantes de estos órganos, especialmente por la delicada y compleja función que se ha de desarrollar, carente de ánimo de lucro, y proyectada sobre la disposición de cuantiosísimos recursos patrimoniales para hacer frente a las obligaciones inherentes a la previsión complementaria, es evidente la conveniencia de que las Comisiones de Control como tales y todos los integrantes de las mismas, cuenten con mecanismos de cobertura de la responsabilidad civil e incluso administrativa que pueda eventualmente derivarse del desempeño de sus funciones a través de lo que se califica habitualmente en las pólizas suscritas sobre esta materia como “actos incorrectos” o “actos dañosos”, comprensivos de cualesquiera incumplimientos o cumplimientos defectuosos de obligaciones, reales o meramente alegados, que puedan dar lugar a la responsabilidad analizada esquemáticamente en esta Ponencia.

Suelen comprender la cobertura de las consecuencias de todo tipo de acciones u omisiones, incluso las derivadas de “culpa in vigilando” dada su relevancia como cajón de sastre comprensivo de todas las obligaciones de supervisión a tenor de los artículos 29.a) y 64.1.a) y b) del RFPF tal como se vio, si bien es cierto que también suelen excluirse las actuaciones delictivas, las dolosas o con mala fe, así como aquéllas –subespecie de las anteriores- en las que el representante en la Comisión, de su comportamiento dañoso para terceros, ha obtenido además un beneficio o retribución al que no tenía derecho.

En todo caso, de las particularidades de los contratos de aseguramiento de la responsabilidad civil y administrativa de las Comisiones de Control y de sus miembros, se ocupará con detalle la siguiente Ponencia a cargo de Rosa García en representación de ATLANTIS.

En Madrid, a 10 de febrero de 2005

Félix Herrero Alarcón
Socio y responsable del Área Jurídica de Consultora de Pensiones