

Artículo 11 (“Constitución de los Fondos de Pensiones”). *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*. Obra colectiva dir. por Monereo Pérez/Molina Navarrete/Moreno Vida, Editorial Comares, Colección Comentarios a la Legislación Social, ISBN 84-8444-736-7, págs. 351-385 (2003)

CAPÍTULO IV
CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN
DE LOS FONDOS DE PENSIONES

Art. 11. * *Constitución de los Fondos de Pensiones*.— 1. Los fondos de pensiones se constituirán, previa autorización administrativa del Ministerio de Economía, en escritura pública otorgada por la entidad promotora y se inscribirán en el Registro especial administrativo que al efecto se establezca y en el Registro Mercantil. Carecerán de personalidad jurídica y serán administrados y representados conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. La escritura de constitución deberá contener necesariamente las siguientes menciones:

a) La denominación o razón social y el domicilio de la entidad o entidades promotoras.

b) La denominación o razón social y el domicilio de las entidades gestora y depositaria y la identificación de las personas que ejercen la administración y representación de aquéllas.

c) La denominación del fondo, que deberá ser seguida, en todo caso, de la expresión «fondo de pensiones».

d) El objeto del fondo conforme a la presente Ley.

e) Las normas de funcionamiento, que especificarán, al menos:

— El ámbito de actuación del fondo.

* AUTOR: Fco. Javier Maldonado Molina, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada.

— El procedimiento para la elección y renovación y la duración del mandato de los miembros de la comisión de control del fondo, así como el funcionamiento de ésta.

— La política de inversiones de los recursos aportados al fondo.

— Los criterios de imputación de resultados, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley.

— Los sistemas actuariales que pueden utilizarse en la ejecución de los planes de pensiones.

— La comisión máxima que haya de satisfacerse a la entidad gestora, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 20 de esta Ley.

— Las normas de distribución de los gastos de funcionamiento a que se refiere el apartado 6 del artículo 14 de esta Ley.

— Los requisitos para la modificación de las normas de funcionamiento y para la sustitución de las entidades gestora y depositaria. En ningún caso podrá operarse la sustitución sin el previo acuerdo de la comisión, oídas las subcomisiones, de control del fondo de pensiones, salvo lo establecido en el artículo 23 de esta Ley.

— Las normas que hayan de regir la disolución y liquidación del fondo.

3. Con carácter previo a la constitución del fondo los promotores deberán obtener autorización del Ministerio de Economía, a cuyos términos se acomodará, en su caso, la escritura de constitución. El otorgamiento de la autorización en ningún caso podrá ser título que cause la responsabilidad de la Administración del Estado.

4. Obtenida la autorización administrativa previa, en el Registro Mercantil se abrirá a cada fondo una hoja de inscripción en la que será primer asiento el correspondiente a la escritura de constitución y contendrá los extremos que ésta debe expresar, aplicándose las normas que regulan el Registro Mercantil.

5. Se crearán en el Ministerio de Economía el Registro Administrativo de Fondos de Pensiones y el de Entidades Gestoras de Fondos de Pensiones. Los fondos de pensiones se inscribirán necesariamente en el Registro administrativo, en el que se hará constar la escritura de constitución y las modificaciones posteriores autorizadas en la forma prevista en este artículo. Además, se deberá hacer constar el plan o planes de pensiones a que cada fondo de pensiones esté afecto, así como las sucesivas incidencias que les afecten.

6. Queda reservada la denominación de «fondos de pensiones», así como sus siglas, a los constituidos de acuerdo con la presente Ley.

7. La inscripción en el Registro administrativo exige el previo cumplimiento de todos los demás requisitos de constitución.

8. Podrán constituirse fondos de pensiones que instrumenten un único plan de pensiones.

9. Los fondos de pensiones podrán encuadrarse dentro de dos tipos:

a) Fondo abierto, caracterizado por poder canalizar las inversiones de otros fondos de pensiones.

b) Fondo cerrado, instrumenta exclusivamente las inversiones del plan o planes de pensiones integrados en él.

10. En los fondos de pensiones que integran planes de pensiones de prestación definida y en los fondos de pensiones abiertos podrá requerirse la constitución de un patrimonio inicial mínimo, según niveles fijados reglamentariamente en razón de las garantías exigidas para su correcto desenvolvimiento financiero.

Concordancias: Arts. 2, 3.3, 10.5, 14, 15, 16, 19.8, 20.5, 21.4, 35.4.n), 36.6 y d.a.2.^a TR LPFP; arts. 8.2, 25, 27, 28, 30.6 y 32.1.a) RFPF; arts. 285 a 294 RRM; arts. 1 a 4, y art. 12, Orden de 7 de noviembre de 1988, por la que se determina el procedimiento de inscripción registral de las instituciones y personas relacionadas con los planes y fondos de pensiones.

Sin ninguna modificación esencial respecto a lo previsto en el Capítulo IV de la LPFP de 1987 (aunque sí con algunas mejoras de redacción), el Texto Refundido dedica el mismo Capítulo a la "Constitución y régimen de organización de los Fondos de Pensiones". Dos preceptos de este Capítulo fueron reformados en los últimos años: en 1995, la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (d.a.11.^a) dio nueva redacción al artículo 15, ocurriendo lo mismo con el artículo 14, de cuya reforma se encargó la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 32).

Cabalmente, el primero de los preceptos del Capítulo IV se ocupa de los trámites y requisitos necesarios para crear el fondo de pensiones. Según indica el número 1 del artículo 11 TR LPFP (y se reitera en el art. 26.1 del Reglamento de 1988), «Los fondos de pensiones se constituirán, previa autorización administrativa del Ministerio de Economía, en escritura pública otorgada por la entidad promotora y se inscribirán en el Registro especial administrativo que al efecto se establezca y en el Registro Mercantil. Carecerán de personali-

dad jurídica y serán administrados y representados conforme a lo dispuesto en esta Ley». De ese modo, se distinguen claramente cuatro trámites en la constitución de los fondos de pensiones, que nos van a servir de hilo conductor para comentar este artículo: en primer término, es necesario obtener la autorización administrativa previa del proyecto de constitución, tras lo que ya será posible el otorgamiento de la escritura pública de constitución; los dos pasos siguientes consisten en la inscripción de esta escritura en el Registro Mercantil, y en el Registro de Fondos de Pensiones existente en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. De otro lado, no está demás recordar ahora que la constitución de los fondos de pensiones goza de exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 30 TR LPFP).

1. La autorización administrativa previa.— 1.1. Consideraciones generales. Reproduciendo lo que establecía el artículo 11.3 de la LPFP de 1987, sin otra alteración que el reemplazo de la antigua expresión "Ministerio de Economía y Hacienda" por la vigente de "Ministerio de Economía", el mismo precepto del Texto Refundido dispone que «3. Con carácter previo a la constitución del fondo los promotores deberán obtener autorización del Ministerio de Economía, a cuyos términos se acomodará, en su caso, la escritura de constitución. El otorgamiento de la autorización en ningún caso podrá ser título que cause la responsabilidad de la Administración del Estado».

Como en tantas otras materias, en este punto el régimen de los fondos de pensiones ha seguido el esquema contenido en la legislación común sobre fondos de inversión, en la que también se exige la previa autorización administrativa del proyecto de constitución (cf. el art. 8.1 LIIC de 1984). Habida cuenta que la única razón que justifica la creación de un fondo de pensiones reside exclusivamente en dar cumplimiento a planes de pensiones (art. 2 TR LPFP), el legislador ha considerado que no procede el otorgamiento de la escritura de constitución sin constatar previamente que, desde un punto de vista administrativo, se cumplen los requisitos necesarios. Se trata, insistimos, de evitar la creación artificial de fondos que no podrán desplegar actividad alguna, al carecer de las exigencias requeridas. Respecto de otras entidades del mercado financiero cuyo acceso a la actividad en cuestión también está sujeto a autorización administrativa previa, como las sociedades de seguros, la normativa sigue el esquema inverso, prescindiendo de la autorización previa: se exige otorgamiento de escritura de constitución, a inscribir en el Registro Mercantil, y sólo tras la adquisición de la personalidad jurídica cabe solicitar la autorización administrativa (v. el art. 7.4 LOSSP). Sin embargo, mientras que esas sociedades pueden subsistir dedicándose a una

actividad distinta a la autorizada, con sólo modificar su objeto social (cf. el art. 26.1,1.º LOSSP), en el caso de los fondos de pensiones eso no es posible.

Por todo ello, consideramos acertado el esquema diseñado en el TR LPFP, exigiendo primero un examen administrativo previo detallado, seguido del posterior examen de legalidad que deberá superar la escritura de constitución para acceder al Registro Mercantil, para finalizar con una mera constatación administrativa de que esa escritura ya inscrita coincide con el proyecto de constitución previamente autorizado, produciéndose entonces la inscripción en el Registro administrativo. De otra opinión es el prof. LA CASA (1997, p. 54), para quien «este trámite se revela de muy escasa utilidad, toda vez que existe un ulterior control de legalidad desplegado por el registrador mercantil, cuya cualificación profesional ofrece suficientes garantías sobre su efectividad», añadiendo que ese sistema «Incluso puede acarrear graves inconvenientes, según se verá más adelante al analizar la extensión de la calificación registral de la escritura de constitución del Fondo»

Sea como fuere, interesa reseñar que la exigencia de esta autorización previa se halla conforme con la Constitución, según ha mantenido el Tribunal Constitucional en su sentencia 206/1997, de 27 de noviembre, en la que advirtió que «No debe olvidarse que el régimen operativo de los Fondos de Pensiones, cuyo contenido es descrito en la escritura de constitución que se somete a la autorización administrativa, resulta un elemento fundamental para asegurar la transparencia de la gestión y, en consecuencia, su propia estabilidad. Dada la trascendencia financiera de los Fondos, la intervención autorizante de la Administración forma parte de esos mecanismos de control de la razonabilidad y adecuación de sus normas de actuación, claramente subordinados a la función de garantía del predominio del interés general que es intrínseca a la competencia de la Administración (art. 103 de la Constitución)» (F.D.19.º).

Finalmente, acerca de la naturaleza —discrecional o reglada— de esta autorización, se la puede calificar como acto reglado, de manera que deberá ser concedida necesariamente si el proyecto de escritura se ajusta al ordenamiento vigente (LA CASA, 1997, pp. 53-54), como suele ser común en el ámbito del mercado financiero; al respecto, resulta de especial interés —por su clara analogía con esta autorización— la lectura del artículo 9.1 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva de 1990, referido igualmente a la autorización administrativa previa de estas instituciones: «Dicha resolución deberá ser motivada y sólo podrá ser denegatoria por incumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, en este Reglamento o en las demás disposiciones aplicables»). Por su parte, MÉNDEZ (1996, p.

51), considera que aunque esta autorización no aparece en la normativa ni como claramente reglada ni como claramente discrecional, no parece que en ningún caso las condiciones exigidas a unos y otros peticionarios puedan variar sustancialmente, so pena de incurrirse en una arbitrariedad de los poderes públicos.

1.2. La solicitud. Procedimiento y requisitos. El procedimiento para obtener esta autorización previa se encuentra regulado en el artículo 2.º de la Orden de 7 de noviembre de 1988, por la que se determina el procedimiento de inscripción registral de las instituciones y personas relacionadas con los Planes y Fondos de Pensiones, bajo la rúbrica de "Autorización administrativa para la constitución de Fondos de Pensiones". Allí se viene a establecer que la entidad promotora debe dirigir la solicitud de autorización al Ministerio de Economía, presentándola en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (art. 2.2).

Junto con la solicitud de autorización, la entidad promotora debe presentar la siguiente documentación (art. 2.3):

a) «Certificación de los acuerdos de los órganos sociales competentes de las Entidades Promotora, Gestora y Depositaria, de concurrir a la constitución del Fondo de Pensiones». Naturalmente, el órgano social competente de la entidad promotora será el que se deduzca conforme a la legislación aplicable a la forma que adopte la entidad promotora en cuestión, que —como se sabe— puede tener la más variada naturaleza [sociedades, sindicatos, asociaciones, etc.; cf. art. 3.1.a) TR LPPF]. En cuanto a las entidades gestora y depositaria, se conviene en que el órgano competente para adoptar tal acuerdo sería el de administración, salvo que los estatutos de esas entidades lo atribuyan al órgano de decisión (ANGULO, 1989, p. 84; BOLÁS, 1989, p. 113; LA CASA, 1997, p. 49; MÉNDEZ, 1996, p. 51).

b) «Proyecto de escritura de constitución, que deberá contener las menciones mínimas exigidas en los números 2 y 3 del artículo 28 del Reglamento», esto es, las menciones exigidas para la escritura de constitución (el núm. 2 de ese precepto reglamentario), incluyendo las normas de funcionamiento del fondo (el núm. 3). Por tanto, en ese momento previo es necesario haber determinado con detalle extremos como la denominación del fondo, para lo que obviamente conviene haber obtenido ya la correspondiente certificación negativa de denominación, a partir de cuya expedición la denominación quedará reservada de manera temporal durante quince meses (art. 412 RRM). De otro lado, teniendo en cuenta que lo único que se pretende es fijar anticipadamente los datos y normas del fondo que se proyecta constituir, consideramos que hubiera sido más acertado utilizar la expresión «Proyecto de constitución», en lugar de la de «Proyecto de escritura de constitución»; así lo hace —por ejemplo— la legislación sobre instituciones de inversión colectiva (cf. el art. 8 LIIC de 1984,

y el art. 9.1 RIIC de 1990), con lo que al tiempo se rebaja la impresión de que esa autorización administrativa puede suponer una intromisión en la actuación del notario autorizante de la escritura (v. infra el epígrafe 1.5).

1.3. La resolución. Forma y plazos para su emisión. El artículo 2.4 de la Orden de 7 de noviembre de 1988 dispone que «La concesión o denegación de la autorización para la constitución de un Fondo de Pensiones se hará por Resolución motivada de la Dirección General de Seguros, que se notificará a los interesados».

El plazo para resolver las solicitudes de autorización administrativa se regula, como se hiciera en la LPFP de 1987, en la disposición adicional segunda del Texto Refundido, que indica que «Las peticiones de autorizaciones administrativas reguladas en la presente Ley deberán ser resueltas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de autorización»; este mismo plazo se impone en el artículo 12.1 de la Orden de 7 de noviembre de 1988, que señala que «Las peticiones de autorizaciones administrativas contempladas en esta disposición deberán resolverse, en todo caso, de modo expreso, en el plazo de seis meses». Ese plazo de seis meses coincide, por lo demás, con el que suele fijarse en la normativa del mercado financiero para que la Administración resuelva las solicitudes de acceso a la actividad en cuestión (v. gr. el art. 6.4 LOSSP), superior por tanto al plazo general de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Si la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones no resolviera en ese plazo de seis meses, la solicitud puede entenderse desestimada por silencio negativo, por cuanto que, como advierte la propia disposición adicional 2.^a del Texto Refundido, «En ningún caso se entenderán autorizados un fondo de pensiones o una entidad gestora de fondos de pensiones en virtud de actos presuntos por el transcurso del plazo referido». Como recuerda LA CASA (1997, p. 50), la redacción de esta disposición adicional proviene de 1995, cuando la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados modificó la LPFP para restablecer el estado de cosas querido por el legislador en el momento de la aprobación de la Ley 8/1987, ya que la posterior promulgación de la Ley 30/1992 obligaba a atribuir carácter positivo al silencio administrativo, al decantarse su artículo 43.2.c) por la concesión de aquellas solicitudes «en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa». Además, la autorización a los Fondos de Pensiones no se encontraba amparado —por evidentes motivos cronológicos— en la regla del silencio administrativo negativo sentada en el anexo del Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, para determinadas autorizaciones relativas a entidades financieras. De ese modo,

durante varios años, el silencio administrativo que se pudiera haber producido por transcurrir seis meses desde la solicitud sin que se notificara la resolución correspondiente, hubo de considerarse estimatorio, contrariamente a lo que quiso inicialmente el legislador.

1.4. Vigencia de la autorización previa. Con una ubicación sistemática poco acertada, en un precepto de la Orden de 7 de noviembre de 1988 relativo a la «Inscripción de los Fondos de Pensiones en el Registro Administrativo», se determina el plazo de vigencia de la autorización administrativa previa. Su artículo 3.1 viene a señalar que la copia auténtica de la escritura de constitución del Fondo, debidamente inscrita en el Registro Mercantil, «deberá presentarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recepción por la Entidad Promotora de la notificación de la autorización para la constitución del Fondo de Pensiones», añadiendo que «Esta autorización quedará sin efecto una vez transcurrido el indicado plazo, salvo causa debidamente justificada». Por tanto, una vez que los interesados reciben la notificación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sobre la autorización para la constitución del fondo de pensiones, se inicia un plazo de tres meses en el que debe completarse el resto del *iter* fundacional de los Fondos de Pensiones: escritura pública de constitución, inscripción en el Registro Mercantil, e inscripción en el Registro de Fondos de Pensiones, de manera que el vencimiento de ese plazo en cualquiera de las fases anteriores supone que la «autorización quedará sin efecto».

Así, por ejemplo, la escritura de constitución no podrá inscribirse en el Registro Mercantil si en ese momento la autorización ya ha perdido su vigencia. Es una situación sobre la que se pronunció la Dirección General de los Registros y del Notariado en 1991 (Resolución de 1 de marzo de 1991), manteniendo que «los artículos 11-4 Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones, y el 28-5 del reglamento que la desarrolla — aprobado por RD de 30 de septiembre de 1988— condicionan inequívocamente la inscripción del fondo en el Registro Mercantil a la obtención de la previa autorización administrativa pertinente y es indudable que si esta autorización tiene un plazo de vigencia determinado, este condicionamiento implica asimismo la exigencia de que la inscripción en el Registro Mercantil no se efectúe sino en base a una autorización que se halle en vigor» (F.D.2.º), añadiendo que el «artículo 3 Orden Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de noviembre de 1988, cuando fija la duración de la autorización administrativa no sólo no contradice lo anterior (...) sino que lo corrobora por cuanto ordena que la documentación necesaria para la inscripción en el Registro Administrativo habrá de presentarse dentro de los tres meses de vigencia de la autorización administrativa, pero al mismo tiempo y en concordancia con los artículos 11-7 Ley 8/1987 y 28-7 de su Reglamento, establece que la inscripción en el

Registro Mercantil es presupuesto de la que habrá de efectuarse en el administrativo y que la autorización administrativa es previa a la constitución del fondo en escritura pública» (F.D.2.º).

No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado matizó que, a los efectos de su inscripción en el Registro Mercantil, la pérdida de vigencia de esa autorización previa no debe implicar necesariamente la reproducción de las fases anteriores (en particular, el otorgamiento de una nueva escritura de constitución), sino que estaríamos ante un defecto subsanable mediante la acreditación de la correspondiente prórroga o rehabilitación administrativa: «Lo que, en cambio, no procede es calificar esa pérdida de vigor de la autorización aportada como defecto insubsanable que imponga, por tanto, nuevo otorgamiento, pues a los inconvenientes prácticos innecesarios que de ello deriva, han de añadirse dos consideraciones: a) que si lo que se pretende con la exigencia de autorización es la acomodación del acto constitutivo a las directrices del Ministerio de Economía y Hacienda (vid. art. 11.3 de la Ley 8/1987 y 28.4 de su Reglamento) no debe haber obstáculo alguno para que ese Ministerio, con ocasión de la concesión de una nueva autorización, confirme o ratifique las actuaciones verificadas al amparo de la caducada; b) que el artículo 3 de la Orden ministerial precitada, al establecer que la autorización queda sin efecto transcurrido el plazo de tres meses señalado salvo causa debidamente justificada, pone de manifiesto tanto la posibilidad de su prórroga como la de su rehabilitación posterior y, en este caso, es evidente la innecesariedad de su nuevo otorgamiento» (F.D.3.º).

El artículo 3 la Orden de 7 de noviembre de 1988 permite que la autorización previa no quede sin efecto aunque haya transcurrido aquel plazo de tres meses si existe «causa debidamente justificada». Esa causa justificada podría consistir, por ejemplo, en la denegación o suspensión de la inscripción en el Registro Mercantil solicitada dentro de un plazo prudencial, haciendo necesaria la subsanación de los defectos observados en la escritura de constitución (en similar sentido, BOLÁS, 1989, p. 109; LA CASA, 1997, p. 84; MÉNDEZ, 1996, p. 52).

1.5. Alcance de la autorización previa. El artículo 11.3 de la Ley viene a establecer que la escritura de constitución se debe acomodar a los términos de esa autorización administrativa previa («Con carácter previo a la constitución del fondo los promotores deberán obtener autorización del Ministerio de Economía, a cuyos términos se acomodará, en su caso, la escritura de constitución»), mostrándose más severa la Orden de 7 de noviembre de 1988 («La constitución del Fondo se realizará en escritura pública conforme al proyecto autorizado»; art. 2.5). De esa manera, se pretende evitar tener que volver examinar la

conurrencia de los requisitos exigidos para obtener la autorización administrativa, denotando que —pese a estar ante una autorización *previa* y con una vigencia *temporal*— se concede con la vocación de ser luego simplemente confirmada, mediante la resolución que autoriza la inscripción del fondo en el Registro administrativo, simplemente con constatar que la escritura de constitución (debidamente inscrita en el Registro Mercantil) ha respetado los términos de aquella autorización previa.

Por tanto, el «proyecto de escritura constitución» que obtuvo esa autorización debe coincidir con el contenido final de la escritura inscrita en el Registro Mercantil, al menos en lo que se refiere a las menciones mínimas exigidas para la escritura de constitución, incluyendo las normas de funcionamiento del fondo [v. el art. 2.3.b) Orden de 7 de noviembre de 1988], remitiéndonos al epígrafe 1.2 en cuanto a que hubiera sido más acertado utilizar la expresión «proyecto de constitución». Sea como fuere, a nuestro juicio, aquella exigencia de coincidencia no debe suponer una merma en la actuación profesional del notario autorizante, teniendo en cuenta el contenido mínimo tan elemental exigido a la escritura de constitución por el artículo 11.2 de la Ley (denominaciones, domicilios, objeto conforme a lo que la propia ley establece), y habida cuenta que las normas de funcionamiento a incorporar a la escritura han de tener un contenido mínimo de marcado carácter técnico, e incluso predeterminado por la normativa (v. *infra*). Sin embargo, desde el ámbito notarial esta exigencia ha sido calificada como «alarde de configuración amplia del poder de control administrativo» (MÉNDEZ, 1996, p. 51), mientras que en opinión de BOLÁS (1989, pp. 108-109), aunque el intervencionismo de la Administración en esta materia supone que «la tradicional función notarial de control de legalidad sufre de hecho un importante recorte», advierte con razón que «Sin embargo, la autorización no elimina, por supuesto, la aplicación de las reglas generales de la autorización notarial».

El hecho de que la escritura de constitución deba acomodarse a los términos de la autorización administrativa previa conlleva, implícitamente, que la Administración no podrá denegar la inscripción en el Registro administrativo si —en efecto— la escritura se ajusta a aquella autorización previa, y siempre que —por supuesto— se cumplan los demás requisitos exigidos para esa inscripción (singularmente, la presentación dentro de plazo; v. *infra*). Si existiera discordancia, sobre lo que la normativa sobre fondos de pensiones guarda silencio, se denegará la inscripción, debiendo optar los promotores por alguno de los tres caminos que, por ejemplo, sí recoge de manera detallada el Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva de 1990 [cf. su art. 9.4.a)]: bien el de los recursos que correspondan, bien el de

rectificar la escritura en lo que haya supuesto variación, o bien comenzar de nuevo solicitando otra autorización previa, sobre un nuevo proyecto de escritura.

1.6. Responsabilidad de la Administración. El último inciso del número 3 del artículo 11 del Texto Refundido dispone que «El otorgamiento de la autorización en ningún caso podrá ser título que cause la responsabilidad de la Administración del Estado», reiterándose en el Reglamento (art. 28.4). Esta aparente exoneración total de responsabilidad de la Administración del Estado ha sido objeto de severas críticas por la mayoría de los autores que se han ocupado de esta disposición, por contrariar preceptos constitucionales como el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, y especialmente el artículo 106.2, que declara que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (v. gr. ANGULO, 1989, p. 93; BAYOD y FERNÁNDEZ, 1989, pp. 94-95; BOLÁS, 1989, p. 107; LA CASA, 1997, pp. 55 y 460; MANRIQUE, 1987, pp. 918-919; MÉNDEZ, 1996, p. 52; SORIANO, 1989, pp. 205-226).

Sin embargo, se trata de una precepto que, interpretado huyendo de su literalidad, ha encontrado el respaldo del propio Tribunal Constitucional. En su sentencia 206/1997, de 27 de noviembre, antes citada, consideró que «Tampoco puede considerarse afectada de tacha alguna de inconstitucionalidad la exención de responsabilidad de la Administración a que alude el precepto. Por de pronto, dada su dicción, debe entenderse que lo que en él se pretende es evitar que el mero hecho del otorgamiento de la autorización sea por sí solo bastante para poner en marcha el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por ello, no puede considerarse que en él quede neutralizado el mandato general de responsabilidad de la Administración consagrado en el art. 106.2 de la Constitución si concurren los presupuestos a que se vincula el nacimiento de dicha responsabilidad. Además, puesto que la actividad autorizante es un mecanismo apto para levantar trabas que se oponen al obrar privado en función de la salvaguardia de los intereses generales, mal puede considerarse que exista una vinculación posterior de la Administración con una actividad sustancialmente privada, ni que la autorización concedida vincule al órgano autorizante con la actuación desarrollada por los particulares, que es y sigue siendo independiente de un control administrativo sustancialmente externo a ella. La cláusula de exoneración de responsabilidad de la Administración, pues, no constituye un factor de inmunidad de ésta, sino una consecuencia lógica del complejo entrelazamiento de actos públicos y privados que concurren en el momento constitutivo de los Fondos de Pensiones,

respetando la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, de ahí que no puedan tampoco entenderse vulnerados los preceptos constitucionales que se citan en el recurso» (F.D.19.º).

Sea como fuere, parece ser, como explica MONEREO (1996, p. 293), que se estaría manifestando «el deseo explícito del poder público de evitar cualquier responsabilidad patrimonial del Estado respecto a una eventual insolvencia de los Fondos de Pensiones», algo que se corresponde con la voluntad de no integrar estos mecanismos privados de previsión en el sistema público de previsión social. En similar sentido, MÉNDEZ (1996, p. 52), tras criticar esa disposición, considera que posiblemente lo que se ha pretendido evitar es «una omnicomprendiva responsabilidad subsidiaria del Estado ante todo tipo de posibles insuficiencias o situaciones de insolvencia de tales Fondos sobrevenidas con posterioridad a la obtención de la autorización».

Si lo que se perseguía era dejar sentado que el régimen público de Seguridad Social no se hace cargo o responsabiliza de los instrumentos complementarios de previsión social en caso de que estos fracasasen (algo evidente, por otro lado), bien podrían haberse empleado otras expresiones menos enfrentadas con el principio constitucional de responsabilidad de la Administración Pública. En cualquier caso, como ha aclarado el Tribunal Constitucional, esa cláusula no constituye un factor de inmunidad para la Administración, sin que quede neutralizado el mandato general de responsabilidad de la Administración consagrado en el art. 106.2 de la Constitución si concurren los presupuestos a que se vincula el nacimiento de dicha responsabilidad. Se mantiene, pues, el régimen de responsabilidad patrimonial común de la Administración por los perjuicios que deriven de su actuación al amparo de las numerosas funciones que tiene atribuidas en relación con los Fondos de Pensiones, incluidas las de conceder esta autorización previa.

2. *La escritura de constitución.*— 2.1. *Comparecencia.* El artículo 11.1 que comentamos señala que «Los fondos de pensiones se constituirán (...) en escritura pública otorgada por la entidad promotora». No obstante, en el acto de comparecencia también deben concurrir las entidades gestora y depositaria, según lo impone de manera reiterada la Orden Ministerial de 7 de noviembre de 1988, que en el número 1 de su artículo 2 establece que «Los Fondos de Pensiones se constituirán (...) en escritura pública otorgada por las Entidades Promotora Gestora y Depositaria», insistiendo en el número 5 en que «La constitución del Fondo se realizará en escritura pública (...) a cuyo otorgamiento concurrirán las Entidades Promotora o Promotoras, Gestora y Depositaria». En similar sentido, el RFPF de 1988 incluye entre las funciones propias de las entidades gestora y depositaria, la de «Intervención

en el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución del Fondo como, en su día, las de modificación o liquidación del mismo» [arts. 40.6.a) y 41.6.a), respectivamente].

Sin embargo, como precisa MÉNDEZ (1996, p. 53), puede decirse que la entidad promotora concurre a título de *otorgante* de la escritura, mientras que la entidad gestora y la depositarla lo hacen a título de *intervenientes*. Además, habida cuenta que la condición de entidad promotora puede coincidir con la de gestora o la de depositaria, podrá darse el caso de que una misma entidad concorra al otorgamiento de la escritura en una doble calidad o condición (como promotora y gestora o como promotora y depositarla)

Acerca de la intervención de las entidades gestora y depositaria en este acto, se han dado diferentes justificaciones, sintetizadas por el prof. LA CASA (1997, p. 59) al señalar que «cabe entender la previsión comentada como una manera de acentuar el protagonismo de tales Entidades en el desenvolvimiento de los Fondos, e incluso como corolario de la configuración de este instituto como una mera estructura formal apta para la instrumentación de Planes de Pensiones, en cuanto que de esta manera se precisan, desde un primer momento, los sujetos encargados de la administración y queda el Fondo dispuesto para el cumplimiento de su finalidad característica mediante la integración de aquéllos. Y, por último, no puede desdeñarse tampoco la influencia ejercida por la regulación de los Fondos de Inversión (...), en la que se encomienda el otorgamiento de su escritura de constitución a la sociedad gestora y al depositario». Para otros autores, la intervención de estas entidades no deja de tener un carácter paradójico, en cuanto que la relación que las vincula con el fondo es de naturaleza contractual (VVAA, 1989, p. 102).

En la práctica, el procedimiento de promoción de los fondos implica diferentes actuaciones, como la contratación de las consultorías y asesoramientos externos precisos para definir con precisión el proyecto a acometer (ANGULO, 1989, p. 74), aunque tiene un momento destacado en el acto de otorgamiento de la escritura pública de constitución del fondo. Posiblemente por ello, recogiendo ambas situaciones, la Ley ha querido describir la figura de la entidad promotora sin atender sólo al dato de la participación en el otorgamiento de la escritura de constitución, sino —de una manera general— por haberse encargado de promover la creación del fondo («Son entidades promotoras de los fondos de pensiones las personas jurídicas que insten y, en su caso, participen en la constitución de los mismos»; art. 3.3 TR LPFP). Pese a ello, insistimos en que el otorgamiento de la escritura corresponde a la entidad promotora (art. 11.1 TR LPFP y art. 28.1 RFPF).

La entidad promotora del fondo puede coincidir con la entidad promotora de algún plan integrado en él (ANGULO, 1989, p. 73); igualmente, la doctrina mantiene de forma

mayoritaria que la entidad promotora del fondo puede coincidir con las propias entidades que se vayan a encargar de la gestión o el depósito del fondo, aunque obviamente nunca con ambas, porque —conforme al artículo 21.6 de la ley— nadie puede ser al mismo tiempo gestor y depositario de un fondo de pensiones (TIRADO, 1989, p. 153; id., 1994, pp. 2264-2265; MÉNDEZ, 1996, p. 53; LA CASA, 1997, p. 58; en otro sentido, BOLÁS, 1989, p. 112).

La mayoría de las funciones encomendadas a la entidad promotora se refieren —como es natural— a la fase constitutiva: solicitud de autorización administrativa para la constitución del fondo (art. 2.2 Orden de 7 de noviembre de 1988); otorgamiento de la escritura de constitución (art. 11.1 TR LPFP); solicitud de inscripción en el Registro administrativo (art. 3.1 Orden de 7 de noviembre de 1988), por destacar algunas de las funciones atribuidas de manera expresa a la entidad promotora. Completada la fase constitutiva, esta entidad prácticamente desaparece de escena (LA CASA, 1997, p. 61), salvo en supuestos excepcionales en los que no existe comisión de control del fondo [v. gr. los arts. 15.1.d) y 31.2.a) TR LPFP, y el art. 23.3 RFPF]. Este papel tan limitado contrasta con el concedido a los promotores de los planes de pensiones, en especial con el promotor de planes del sistema individual, quienes —tras reforma operada en la antigua LPFP por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social— pueden llegar incluso a actuar como comisión de control del fondo (v. el art. 14.1 TR LPFP).

2.2. Contenido de la escritura de constitución. Todo el Capítulo IV de la Ley tiene la consideración de ordenación básica de la banca y los seguros, según declara la disposición final cuarta del Texto Refundido. En particular, respecto al contenido de la escritura de constitución, el Tribunal Constitucional se pronunció expresamente en su sentencia de 27 de noviembre de 1997, en la que señaló que «Tampoco puede cuestionarse la regulación del contenido de la escritura de constitución (art. 11.2), básico en cuanto que a través de ella se sientan los principios elementales de organización del Fondo» (F.D.12.º).

El artículo 11.2 TR LPFP enumera el contenido mínimo de la escritura de constitución («La escritura de constitución deberá contener necesariamente las siguientes menciones»), a lo que puede añadirse —aunque no lo exprese la Ley— que a la escritura deberá acompañarse la autorización administrativa previa (AGUILAR, 1989, p. 128; ANGULO, 1989, p. 94), así como —por supuesto— la certificación negativa de denominación (art. 413.3 RRM).

Veamos el contenido mínimo de la escritura que enuncia el artículo 11.2 del Texto Refundido, respetando el orden seguido en el precepto:

a) *La denominación o razón social y el domicilio de la entidad o entidades promotoras.* Como es natural, en la escritura de constitución debe constar la identidad y domicilio de las entidades que promuevan la propia creación del fondo, figurando en la escritura en la parte dedicada al acto de comparecencia (BOLÁS, 1989, p. 117). La entidad promotora puede ser tanto una persona física como una jurídica, debiendo figurar en este último caso su denominación social: nótese la falta de rigor con que la Ley que comentamos emplea la expresión «razón social» como equivalente a denominación social, cuando —como se sabe— es una "clase" de denominación social (cf. el art. 400 RRM).

b) *La denominación o razón social y el domicilio de las entidades gestora y depositaria y la identificación de las personas que ejercen la administración y representación de aquéllas.* Junto a la denominación y domicilio, respecto a las entidades gestora y depositaria debe identificarse a quienes ejerzan su administración y representación, de manera similar a como en la escritura de constitución de los fondos de inversión debe identificarse a los administradores de la sociedad gestora y del depositario [cf. el art. 34.2.d) RIIC de 1990].

c) *La denominación del fondo, que deberá ser seguido, en todo caso, de la expresión «fondo de pensiones».* Como es común para las denominaciones que identifican a entidades o fondos que presuponen el cumplimiento de ciertos requisitos, el número 6 de este mismo artículo 11 instituye la tradicional reserva de denominación al establecer que «Queda reservada la denominación de "fondos de pensiones", así como sus siglas, a los constituidos de acuerdo con la presente Ley» (en el mismo sentido, v. el art. 25.3 RPFP). Pese a que en ese mismo precepto se contempla la utilización de siglas, hubo que esperar hasta la promulgación del antiguo Reglamento del Registro Mercantil de 1989 (art. 368) para que fuera posible sustituir la expresión "Fondo de Pensiones" por la abreviatura "FP", debiendo figurar al final de la denominación, como igualmente prevé en la actualidad el Reglamento del Registro Mercantil de 1996 (arts. 287.1.1.^a y 403.4.3.^a).

Las personas o entidades que utilicen la denominación "Fondo de Pensiones" sin serlo serán sancionadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, según establece el artículo 36.6 TR LPFP; esto es, se considera infracción muy grave, sancionable con multa y dando publicidad a esa conducta infractora (cf. el art. 41 LOSSP). De ese modo, ante la sanción determinada por la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (tras su reforma por la d.a.11.^a LOSSP de 1995), dejó de ser aplicable la prevista en el RPFP de 1988 [cf. su art. 51 b)], que pese a calificar esa actuación igualmente como infracción muy grave, imponía una sanción menor. Hasta entonces el

régimen sancionador era similar al previsto para la utilización indebida de las denominaciones reservadas en la legislación sobre instituciones de inversión colectiva (cf. los arts. 67 y 68 del RIIC de 1990, que sustituyó al de 1985), mientras que la reforma de la LOSSP supuso un acercamiento con el régimen sancionador propio de la actividad aseguradora.

El Reglamento del Registro Mercantil de 1989 prohibió la autorización de escrituras de constitución de todas las entidades inscribibles en el Registro Mercantil (y, por ende, también de los fondos de pensiones) sin que se presentara al notario la correspondiente certificación negativa de denominación, que acreditara que esa denominación no figura registrada. De ese modo, se evita la coincidencia en las denominaciones, como ya reclamara la doctrina antes de publicarse aquel Reglamento de 1989 (v. gr. ANGULO, 1989, pp. 84-85; BOLÁS, 1989, p. 118). Por consiguiente, para constituir el fondo de pensiones, deben cumplirse las previsiones contenidas en los artículos 398 y ss. del vigente Reglamento del Registro Mercantil de 1996, tanto por lo que se refiere a los aspectos formales de la certificación negativa de denominación (arts. 409 y ss.), como en lo que atañe a la composición de la denominación (arts. 398 y ss.). De otro lado, conviene recordar de nuevo la conveniencia práctica de obtener la reserva temporal de la denominación para solicitar la autorización administrativa previa, en la que ya debe figurar la denominación, según ya se advirtió.

d) El objeto del fondo conforme a la presente Ley. Según el TR LPFP, el objeto exclusivo del Fondo consiste en «dar cumplimiento a planes de pensiones» (art. 2). Así pues, en este punto basta con reiterar lo que impone la propia Ley (PORFIRIO, 1987, p. 48, nota 53; LA CASA, 1997, p. 64), quedando constancia expresa de que ese Fondo sólo tiene como propósito el de dar cumplimiento a los planes de pensiones que, previamente aceptados, se integren en el Fondo (ANGULO, 1989, p. 85). Coincidimos con el prof. LA CASA (loc. ult. cit.) en que no es preciso detallar en este lugar el número, modalidad y naturaleza de los planes que podrán integrarse en el fondo, sino que esos extremos encontrarán acogida dentro de las «normas de funcionamiento». De otra opinión es BOLÁS (1989, p. 118), para quien aquí «Deberá indicarse la modalidad del fondo, abierto o cerrado», refiriéndose asimismo a las distintas modalidades de planes de pensiones (sistema de empleo, asociado e individual).

e) Las normas de funcionamiento, que especificarán, al menos:

Antes de repasar el contenido mínimo de las normas de funcionamiento, hay que destacar que en 1988, para facilitar la implantación de los fondos de pensiones, tres asociaciones empresariales de posibles entidades interesadas en promover la creación de

estos fondos [la Asociación Española de Banca (AEB), la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), y la Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones (INVERCO)] negociaron con la Dirección General de Seguros un Modelo de Normas de Funcionamiento; modelo al que han venido respondiendo la mayoría de las normas de funcionamiento de los fondos constituidos en España. Conforme a este Modelo, las normas de funcionamiento utilizadas suelen componerse de 39 artículos, estructurados en seis Títulos: el Título I («Normas Generales») se dedica a la Denominación del fondo, a su Naturaleza, Domicilio, Duración y comienzo de las operaciones, y Ámbito de actuación. El Título II («Órganos de Gestión, Depósito y Control») se divide en cuatro capítulos: el primero relativo a la comisión de control; el segundo acerca de la entidad gestora; el tercero dedicado a la entidad depositaria; y el cuarto regula la sustitución de las entidades gestora y depositaria. El Título III («Régimen económico-financiero del fondo») aborda la política de inversiones del fondo de pensiones; el sistema actuarial; las condiciones generales de las operaciones; las obligaciones frente a terceros; la valoración patrimonial del fondo; la imputación de resultados; y las cuentas anuales y la auditoria El Título IV («Integración, Exclusión y Liquidación de Planes»), se refiere al procedimiento a seguir para la integración de los planes en el fondo, a la determinación de las cuentas de posición de los planes, a la movilización de la cuenta de posición del plan, y a la liquidación de planes de pensiones. El Título V («Modificación y Disolución del Fondo») se dedica a la modificación de las normas de funcionamiento, y a la Disolución y Liquidación del Fondo. Y el Título VI (Disposiciones Finales) incluye una cláusula de sumisión a arbitraje, una sumisión expresa a la jurisdicción civil ordinaria de los Juzgados y Tribunales del domicilio del Fondo, renunciando a cualquier otro fuero, y una declaración de compromiso de cumplimiento de las obligaciones.

Pasemos a estudiar las menciones que exige el artículo 11 TR LPFP a las normas de funcionamiento del fondo, siguiendo el orden que marca tanto este precepto legal como el artículo 28.3 del Reglamento.

— *El ámbito de actuación del fondo.* En este punto se suele distinguir tres tipos de ámbitos de actuación:

a) *Ámbito temporal de actuación.* Como antes se advirtió, en el Modelo de Normas de Funcionamiento se dedica un precepto específico a determinar la duración del fondo (art. 4.1), optándose por una duración indefinida. Mientras que a juicio de MÉNDEZ (1996, p. 54) esta duración no debe ser necesariamente indefinida, considera el prof. LA CASA (1997, p. 66) que «el carácter instrumental de los Fondos de Pensiones, mueven a considerar contrario

a su naturaleza el señalamiento de un término en las normas de funcionamiento, por cuanto que su cumplimiento acarrearía la disolución del Fondo, lo cual tendría honda repercusión en los Planes de Pensiones integrados», concluyendo que «la duración del Fondo ha de establecerse necesariamente con un carácter ilimitado».

b) *Ámbito geográfico de actuación.* Por lo general —como es natural— se procura extender el ámbito de actuación todo lo posible, aunque nada impide que se limite a parte del territorio nacional (MÉNDEZ, 1996, p. 54). En el citado Modelo de Normas de Funcionamiento se indica que «El ámbito de actuación, tanto respecto a la captación de Planes como a su instrumentación, desarrollo y ejecución, se extenderá a cualquier lugar de España, de la Unión Europea o de países extranjeros, en que un Fondo de Pensiones pueda lícitamente hacerlo» (art. 5.1).

c) *Ámbito material de actuación.* Debe hacerse mención a varias cuestiones. En primer término, debe indicarse qué tipo de planes de pensiones va a integrar el fondo, cuestión que ha cobrado especial importancia tras la reforma de la Ley 24/2001, que impuso la exclusividad para los fondos que deseen integrar planes del sistema de empleo, al establecer que «Los planes de pensiones del sistema de empleo se integrarán necesariamente en fondos de pensiones cuyo ámbito de actuación se limite al desarrollo de planes de pensiones de dicho sistema» (art. 10.5 TR LPFP); ello incidirá, además, en la composición de la comisión de control del fondo (cf. el art. 14.1 TR LPFP). Asimismo, cabe concretar si se integrará un único plan de pensiones o varios (ANGULO, 1989, p. 86; MÉNDEZ, 1996, p. 54; LA CASA, 1997, p. 66). En el Modelo de Normas de Funcionamiento de 1988 se dejar abierta cualquier posibilidad que permita la Ley: «Al Fondo de Pensiones (...) se adherirán Planes de Pensiones de cualquiera de los sistemas admitidos por la Ley» (art. 5.2).

En segundo término, en relación con el ámbito material del fondo debe advertirse si se trata de un fondo cerrado o abierto (ANGULO, 1989, p. 86; MÉNDEZ, 1996, p. 54; LA CASA, 1997, pp. 66 y 89). En el citado Modelo de Normas de Funcionamiento se opta por permitir la futura integración de fondos de pensiones, aunque en ese momento no se tenga intención de actuar como fondo abierto: «El Fondo de Pensiones (...) será de tipo abierto cuando disponga de un activo mínimo de 5.000 millones de pesetas y sea autorizado como tal por la Dirección General de Seguros» (art. 5.3).

— *El procedimiento para la elección y renovación y la duración del mandato de los miembros de la comisión de control del fondo, así como el funcionamiento de ésta.* La comisión de control del fondo se regula en el artículo 14 TR LPFP, así como en el concordante artículo 30 del Reglamento de 1988. En esos preceptos se prevé

imperativamente su composición, funciones, etc., mientras que en las normas de funcionamiento del fondo deben contemplarse tres cuestiones concretas: procedimiento para la elección y renovación de sus miembros; duración de su mandato; y funcionamiento de la comisión. En cualquier caso, habrá que entender que esta mención no será necesaria si del propio ámbito de actuación del fondo descrito en las normas de funcionamiento, se deduce que no va a existir comisión de control de fondo: si el fondo va a integrar un único plan de pensiones del sistema de empleo o del sistema asociado, o si va a integrar uno o varios planes del sistema individual promovidos por la misma entidad (cf. el art. 14.1 TR LPFP).

Acerquémonos por separado la tres cuestiones a desarrollar en las normas de funcionamiento:

a) Procedimiento para la elección y renovación de sus miembros. Naturalmente, la elección y renovación de sus miembros debe hacerse respetando los criterios impuestos por la ley (v. gr. a quién compete), correspondiendo a las normas de funcionamiento precisar, por ejemplo, el número de vocales representantes de cada plan, el nombramiento de representantes suplentes que sustituyan a los titulares a efectos de asistencia a las sesiones de la comisión de control del fondo, y las reglas de sustitución de vacantes por fallecimiento, incapacitación o dimisión. Cuestiones todas ellas que se detallarán en el comentario al artículo 14.

b) Duración del mandato de los miembros de la comisión. Debe tenerse en cuenta que ese plazo de duración no podrá ser superior a cuatro años, aunque es posible la presentación a la reelección si así lo decide la comisión de control del plan de pensiones al que representa ese vocal (art. 30.4 RFPF).

c) Funcionamiento» de la comisión. Deben concretarse «los casos y formas en que deba reunirse la mencionada comisión de control del fondo», según se desprende del artículo 14.4 del Texto Refundido y el artículo 30.4 RFPF. Además, habida cuenta que el artículo 14.2.d) TR LPFP señala que la comisión de control del fondo «Podrá recabar de las entidades gestora y depositaria la información que resulte pertinente para el ejercicio de sus funciones», ANGULO (1989, p. 87) considera que no parece que exista inconveniente en incluir en las normas de funcionamiento de la comisión de control la posibilidad de que asistan a sus reuniones representantes de las entidades gestora y depositaria, cuando la reunión se celebre a petición de dichas entidades o cuando, habiendo solicitado las mismas su asistencia, tal asistencia se apruebe por la mayoría de los miembros de la comisión.

— *La política de inversiones de los recursos aportados al fondo.* El artículo 16 del Texto Refundido describe el marco general dentro del cual debe verificarse la inversión de

los activos que componen el fondo de pensiones, encomendándose al desarrollo reglamentario los detalles acerca de los destinos, límites, porcentajes, etc. de tales inversiones. Pues bien, dentro de esos parámetros legales, en las normas de funcionamiento debe quedar constancia explícita de cuál será la «política de inversiones» de cada fondo, haciendo posible que los planes de pensiones interesados en integrarse en él pueden hacerse una idea del nivel de riesgo y de la expectativa de rentabilidad que ello supone (LA CASA, 1997, p. 67).

Sin embargo, las normas del fondo pueden optar por una «política de inversiones» más o menos determinada. Nada impide que las normas de funcionamiento se limiten en este punto a reproducir o a remitirse a los criterios y límites contenidos en la normativa aplicable (fundamentalmente los arts 16 TR LPFP y 34 RFPF; en ese sentido, ANGULO, 1989, p. 89). Eso es precisamente lo que viene a hacer el Modelo de Normas de Funcionamiento de 1988, que establece lo que sigue en su artículo 24:

«1) El activo del Fondo de Pensiones, con exclusión de las dotaciones para el pago de primas de seguros o coste de las garantías en virtud de los Planes total o parcialmente asegurados o garantizados que se hubieran podido adherir al mismo, estará invertido de acuerdo con criterios de seguridad, rentabilidad, diversificación y congruencia de plazos adecuados a sus finalidades.

2) El Fondo de Pensiones se sujetará estrictamente en materia de inversiones a lo establecido en la Ley y en el Reglamento, así como en la normativa que los desarrolle, complemente o sustituya».

— *Los criterios de imputación de resultados, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley.* En este punto, en la práctica lo habitual es abordar tres aspectos relativos a la imputación de los resultados: en primer lugar, el periodo de determinación de los resultados (que suele ajustarse al año natural); en segundo término, cómo se computan los resultados: por lo general se indica que «Los resultados serán la consecuencia de deducir de la totalidad de los ingresos brutos y de los incrementos y disminuciones patrimoniales del Fondo, las comisiones de la Entidad Gestora, de la Entidad Depositaria, los gastos de auditoría, los de la Comisión de Control del Fondo y los demás gastos y provisiones previstos en el Reglamento, excepto aquellos gastos directamente imputables a cada Plan» (art. 29.1 Modelo de Normas de Funcionamiento). Y por último, se proporciona un criterio de imputación: normalmente se establece que «Los resultados del Fondo se imputarán a sus Planes adscritos proporcionalmente al importe que sus cuentas de posición representen respecto al patrimonio total del Fondo» (art. 29.2 Modelo de Normas de Funcionamiento).

Por otra parte, no hay que olvidar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1.a) RPPF, una de las circunstancias que deben especificarse al acordar la integración de un plan de pensiones en un fondo de pensiones es la «Cuantificación de la cuenta de posición, con especial referencia a los criterios de imputación de los resultados obtenidos de las inversiones realizadas por el Fondo, así como de los gastos de funcionamiento del mismo».

— *Los sistemas actuariales que pueden utilizarse en la ejecución de los planes de pensiones.* En la actualidad, esta mención ha perdido el sentido que tenía inicialmente, toda vez que sólo es posible utilizar un sistema actuarial: el de capitalización individual. Como se sabe, tras la modificación del RPPF realizada por el RD 1589/1999, de 15 de octubre, se reformó el artículo 8.2 del Reglamento estableciendo que «En los planes de pensiones sólo será admisible la utilización de sistemas financieros y actuariales de capitalización individual»; en el mismo sentido, el RD 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, también ha optado por la capitalización individual [cf. su art. 20.2.c)]. De ese modo, el posible uso de sistemas actuariales de capitalización colectiva en los planes de pensiones, que antes sí tenían cabida en los del sistema de empleo, ha quedado relegado para la Historia, como igualmente sucedió en 1998 para las nuevas incorporaciones al otro gran mecanismo de previsión social complementaria: las mutualidades de previsión social (cf. el art. 32.2 y la d.a.6.^a del RD 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados). Tanto para los planes de pensiones preexistentes, como las mutualidades de previsión social, se ha dispuesto un plazo de diez años para la correspondiente adaptación a la capitalización individual (vid. la d.t.única del RD 1589/1999, de 15 de octubre, y la d.t.1.^a del RD 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social). Pese a todo ello, el Texto Refundido mantiene esta mención, para cuyo cumplimiento en las normas de funcionamiento se suele reiterar que «El sistema actuarial que puede utilizarse en la ejecución de los Planes de Pensiones integrados en el Fondo es el sistema de capitalización individual» (art. 25.1 Modelo de Normas de Funcionamiento).

En este apartado, es frecuente que también se aborden otras dos cuestiones: una se refiere a la necesidad de que la revisión actuarial del plan impuesta por el artículo 24 RPPF, se pronuncie específicamente acerca de los activos líquidos de que debe disponer el fondo para afrontar las prestaciones causadas (usualmente se indica que «La revisión actuarial de cada Plan integrado en el Fondo de Pensiones especificará las previsiones sobre los requerimientos de activos líquidos, las cuales, contrastadas con las prestaciones causadas,

definirán el adecuado nivel de cobertura por parte de este Fondo»; art. 25.2 Modelo de Normas de Funcionamiento). La otra cuestión que suele aparecer en este apartado obliga al fondo de pensiones a que exija a los diferentes planes que se integren en él, el cumplimiento del margen de solvencia impuesto por el artículo 19 RPPF, salvo que se den las circunstancias de aseguramiento o garantía previstas en el número 3 de ese precepto reglamentario: «El Fondo deberá exigir a los Planes integrados en el mismo, la cobertura por parte de éstos del margen de solvencia, legalmente exigido, siempre que se trate de un Plan de prestación definida o que asuma la cobertura de un riesgo, a no ser que se encuentre parcial o totalmente asegurado con una Entidad Aseguradora, o garantizado en otra forma legalmente válida a estos efectos» (art. 25.3 Modelo de Normas de Funcionamiento).

— *La comisión máxima que haya de satisfacerse a la entidad gestora, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 20 de esta Ley.* Antes de repasar el posible contenido de las normas de funcionamiento respecto a este punto, queremos destacar cómo se ha sustituido la defectuosa redacción original que figuraba en la LPFP de 1987 («La comisión máxima que haya de satisfacerse *en* la entidad gestora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20.4 de esta Ley»).

Según el artículo 20.5 del Texto Refundido, «Las sociedades gestoras percibirán por su función una comisión de gestión dentro del límite fijado en las normas de funcionamiento del fondo y que no excederá del máximo que, como garantía de los intereses de los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones, pudiera establecer el Gobierno de la Nación». Por tanto, las normas de funcionamiento del fondo deben fijar un límite a esa comisión; límite del que puede resultar una cantidad inferior o igual a la comisión máxima que pueda haber establecido el Gobierno en cada momento. El pago a las entidades gestoras de una comisión de gestión superior a los límites fijados en estas normas de funcionamiento constituye una infracción grave [art. 35.4.n) TR LPFP].

En la actualidad, el Reglamento de la Ley (art. 43.1) dispone que «La totalidad de esta comisión no podrá superar anualmente el 2 por 100 del patrimonio del Fondo de Pensiones». En cuanto a las posibles fórmulas para determinar la retribución, debe partirse de que la normativa sólo se contempla la fórmula de «*comisión* de gestión»; criterio porcentual que además no podrá referirse a los resultados o rendimientos económicos obtenidos («En ningún caso resultarán admisibles comisiones en función de los resultados»; art. 43.1 RPPF), algo que sí se permite en los fondos de inversión (cf. el art. 45.1 RIIC).

A este respecto, nos gustaría insistir en que, aunque el porcentaje máximo del 2 por 100 anual sobre el patrimonio del fondo de pensiones es algo inferior al máximo permitido

para los fondos de inversión, que —con carácter general— está fijado en el 2,5 por 100 del patrimonio [cf. el art. 45.3.a) RIIC], debe tenerse en cuenta que la comisión a percibir por la entidad gestora no es el único concepto que genera costes en los fondos de pensiones (v. gr. los gastos de las comisiones de control de los planes y de fondo, así como la remuneración de los depositarios). Este régimen contrasta con la mayor contención de gastos existente en otras fórmulas de previsión social complementaria, como es el caso de las mutualidades de previsión social (MALDONADO, 2001, pp. 478-480). En efecto, para estas aseguradoras se establece que sus gastos de administración no pueden superar como máximo la mayor de las dos cantidades siguientes: bien el 15 por 100 del importe medio de las cuotas y derramas devengadas en el último trienio, o bien el 2,6 por 100 anual del importe de las provisiones técnicas (art. 42.1 del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social). En la práctica, en cualquier caso, los gastos globales de gestión de las mutualidades de previsión social quedan muy por debajo de aquel 2 por 100 anual sobre el patrimonio de los fondos: así, por ejemplo, en 1997 se situaron en el 9,85 por 100 del volumen anual de primas, equivalente al 1,06 por 100 de sus activos.

El artículo 11.2.e) que comentamos, tras obligar a que en las normas de funcionamiento conste la comisión máxima que haya de satisfacerse a la entidad gestora, añade el siguiente matiz: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20.4 de esta Ley». Esa disposición se refiere a la posibilidad de que las entidades gestoras de fondos de pensiones contraten —a su vez— la gestión de las inversiones de los fondos de pensiones que administran con terceras entidades autorizadas conforme a las Directivas 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, 92/96/CEE, del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre seguros directos de vida y 2000/12/CE, del Parlamento y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a entidades de crédito, y con otras entidades gestoras de fondos de pensiones autorizadas.

Por otro lado, no se entiende por qué la legislación sobre fondos de pensiones, que en tantas materias sigue el modelo del régimen de los fondos de inversión, no ha considerado oportuno que también la retribución de la entidad depositaria quede fijada (o al menos delimitada) en las normas de funcionamiento [cf. los arts. 35.1.m) y 45.1 RIIC]. La remuneración que debe abonar el fondo por los servicios de la entidad depositaria, según el artículo 21.4 TR LPFP, será la que las depositarias «libremente pacten con las entidades gestoras, con la previa conformidad de la comisión de control del fondo, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse reglamentariamente». No obstante, consideramos que

no existe inconveniente en que las normas de funcionamiento fijen unos límites estatutarios inferiores a los reglamentarios, a los que deban ceñirse la negociación entre la entidad depositaria y la entidad gestora (en el mismo sentido, LA CASA, 1997, p. 69, nota 49); en tal caso, no obstante, habrá que tener presente que el pago a los depositarios sólo se considera infracción administrativa si es superior a la remuneración libremente pactada dentro de los límites reglamentarios, no estatutarios [cf. el art. 35.4.n) TR LPFP].

— *Las normas de distribución de los gastos de funcionamiento a que se refiere el apartado 6 del artículo 14 de esta Ley.* En este punto también se ha mejorado la redacción empleada originalmente en la LPFP, sustituyéndose la fórmula «artículo 14.6» por la de «apartado 6 del artículo 14». Según ese precepto, como regla general que tiene sus excepciones, los gastos de funcionamiento de la comisión de control del fondo deben ser soportados por el propio fondo. En concordancia con este precepto, el artículo 30.6 RFPF precisa que «Se soportarán por el Fondo los gastos de funcionamiento de su Comisión de Control, distribuyéndose entre los Planes adscritos, de acuerdo con los criterios de imputación establecidos en las normas de funcionamiento». Por tanto, en este punto deben concretarse los «criterios de imputación» de los diferentes gastos que genere la comisión de control del fondo, para su distribución entre los planes adscritos.

Al respecto, conviene matizar que la comisión puede incurrir en gastos imputables de manera individual a un plan en concreto, y que —por tanto— para ellos no procede distribución alguna entre los diferentes planes. Esos gastos individualizables —como el transporte y alojamiento de los vocales para asistir a las reuniones— deben quedar a cargo de la cuenta de posición del respectivo plan de pensiones al que representen: recuérdese que, según el artículo 32.1.a) RFPF, la integración de un plan en un fondo de pensiones exige que se especifique la cuantificación de la cuenta de posición, con especial referencia a los gastos de funcionamiento del fondo (ANGULO, 1989, p. 91; LA CASA, 1997, p. 69).

— *«Los requisitos para la modificación de las normas de funcionamiento y para la sustitución de las entidades gestora y depositaria. (...)».* Veamos por separado los requisitos que debe recoger las normas de funcionamiento acerca de estas dos operaciones.

A) En cuanto a los «requisitos para la modificación de las normas de funcionamiento», lo primero que debemos destacar es la corrección de los términos empleados frente a los usados en la LPFP de 1987. Con anterioridad, la Ley se refería a «Los requisitos para la modificación *del Reglamento*», utilizando la expresión que identifica a las normas estatutarias de los fondos de inversión [cf. el art. 17.1.e) LIIC], mientras que —sin embargo— el precepto reglamentario paralelo a este artículo 11 de la Ley sí empleaba la

expresión correcta [cf. el art. 28.3.i) RPPF]. Por otro lado, al indagar acerca de qué establece la normativa respecto a la posible modificación de las normas de funcionamiento, causa extrañeza comprobar cómo no se han perfilado siquiera los requisitos básicos para realizar esta importante y trascendente operación, concediendo —en consecuencia— un protagonismo a la libre autonomía de la voluntad que puede considerarse excesivo, habida cuenta que se trata de la reforma del régimen interno de los fondos (en similar sentido, v. LA CASA, 1997, pp. 69 -70).

Así, nada establece la ley en cuanto qué órganos o sujetos serán los competentes para acordar esta modificación. Sólo encontramos una referencia a la «intervención» de las entidades gestora y depositaria en el otorgamiento de la escritura pública de modificación del fondo [arts. 40.6.a) y 41.6.a) RPPF, respectivamente], de manera similar a como se exige su intervención en el otorgamiento de la escritura pública de constitución; a juicio del prof. LA CASA (1997, p. 71) ambos preceptos reglamentarios deben entenderse derogados tácitamente por el régimen contenido en los números 1 y 3 del artículo 292 RRM (v. infra). Ninguna mención aparece respecto a las entidades promotoras del fondo y de los planes integrados en él, ni respecto a otros sujetos con interés en el fondo, como los partícipes y los beneficiarios. Por ello, coincidimos con el prof. LA CASA (1997, p. 70) en que también debe intervenir la comisión de control del fondo, que en última instancia es un órgano en el que tienen representación la mayoría de los intereses presentes en el fondo (cf. los arts. 7 y 14 TR LPFP).

En el Modelo de Normas de Funcionamiento de 1988 (art. 35), el régimen estatutario que se propone en esta materia sigue ciertamente un criterio que compone los intereses presentes de una manera razonable (LA CASA, 1997, p. 70), y que a la vez proporciona la flexibilidad necesaria; criterio que es acogido asimismo por ANGULO (1989, p. 92):

«1. Las Normas de Funcionamiento del Fondo de Pensiones podrán ser modificadas por uno de los tres medios siguientes:

a) A iniciativa conjunta de las Entidades Gestora y Depositaria, con la aprobación de la Comisión de Control del Fondo, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de los intereses económicos, representados por sus miembros.

b) A iniciativa de la Comisión de Control del Fondo, con el voto favorable adoptado por la mayoría absoluta de los intereses económicos, representados por sus miembros, y la aprobación de las Entidades Gestora y Depositaria.

c) Por acuerdo de la Comisión de Control del Fondo, adoptado por unanimidad.»

La modificación de las normas de funcionamiento del fondo debe contar con la autorización administrativa previa en las mismas condiciones y forma en que se requería para la constitución del fondo (v. supra). Obtenida la autorización previa del proyecto de reforma, debe otorgarse la correspondiente escritura pública de modificación (art. 292.1 RRM), que habrá de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 286,5.º RRM) y en el Registro de Fondos de Pensiones (cf. el art. 11.5 TR LPFP). Es necesario acreditar la obtención de esa autorización previa para inscribir la escritura pública en el Registro Mercantil, para lo que ésta debe ir acompañada de dicha autorización administrativa (cf. el art. 293.1 RRM). Conforme al artículo 292.3 RRM, la facultad de certificar y elevar a público el acuerdo de modificación «corresponderá, a los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil, al órgano de administración de la entidad gestora en los términos establecidos en la sección 3.^a del capítulo III del Título II de este Reglamento». Finalmente, deberá solicitarse la inscripción de la escritura tanto en el Registro Mercantil como en el Registro administrativo de Fondos de Pensiones

Debe advertirse que mientras que con anterioridad a la Ley 24/2001 no se preveía ningún procedimiento de publicidad más, tal y como denunció el prof. LA CASA (1997, p. 71, nota 56), tras la reforma de LPFP de 1987 por esa Ley 24/2001 sí se exige que las entidades gestoras faciliten a los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones información sobre las modificaciones de las normas de funcionamiento del fondo (art. 19.8 TR LPFP).

B) Respecto a los requisitos para la sustitución de las entidades gestora y depositaria, hay que partir de que tales requisitos ya están previstos detalle —e imperativamente— tanto en el Texto Refundido (art. 23) como en las disposiciones reglamentarias (art. 44 RFPF y art. 8 Orden de 7 de noviembre de 1988), dejando —en consecuencia— poco espacio a las normas de funcionamiento. No obstante, el artículo 23 de la Ley permite que las normas de funcionamiento señalen qué requisitos debe cumplir el proyecto de sustitución que se ha de presentar a la aprobación de la comisión de control del fondo y de la entidad gestora o depositaria que continúe en las funciones de la entidad cesante. Posibilidad que no es utilizada en el Modelo de Normas de Funcionamiento de 1988, en donde sólo se reitera que «será precisa la aprobación (...) del proyecto de sustitución que se proponga» (art. 19.1). De otro lado, cabe que las normas de funcionamiento refuercen la mayoría exigida para que la comisión de control decida sustituir a la entidad gestora o depositaria (ex art. 30.5 RFPF), como se exige en el artículo 20.1 del Modelo de Normas de Funcionamiento («mayoría absoluta de los intereses económicos representados por sus miembros»).

— *«Las normas que hayan de regir la disolución y liquidación del fondo»*. La Ley que comentamos dedica un precepto a la disolución y liquidación del fondo (el art. 15), pese a lo cual se ha considerado necesario que en las normas de funcionamiento de cada fondo se aborde, de manera general, esta materia. Originariamente, el artículo 15 de la LPPF de 1987 se mostraba aún más escueto que la redacción actual del artículo 15 del Texto Refundido, coincidente con la que proporcionó la reforma de ese precepto operada por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995. Así, en cuanto a las causas, se remitía casi en su totalidad a las normas de funcionamiento: indicaba «Procederá la disolución de los Fondos de Pensiones por las causas señaladas en sus Normas de funcionamiento, y en los supuestos previstos en el artículo 23 de esta Ley», relativo este último a la sustitución de las entidades gestora y depositaria. En la actualidad, aunque el artículo 15 enumera unas causas legales de disolución, también permite que en las normas de funcionamiento se puedan añadir otras causas de disolución [«e) Por cualquier otra causa establecida en sus normas de funcionamiento»]. De ese modo, mientras que con anterioridad a la reforma de 1995 era obligatorio enumerar las causas de disolución, tras esa reforma se ha convertido en algo meramente facultativo. Las normas de funcionamiento del fondo sí siguen siendo fundamentales para regular con detalle el procedimiento de liquidación, dada la parquedad del régimen positivo (LA CASA, 1997, p. 72). Al respecto, el propio artículo 15.2 TR LPPF dispone, por ejemplo, que «Será admisible que las normas del fondo de pensiones prevean que, en caso de liquidación del mismo, todos los planes deban integrarse en un único fondo de pensiones». El posible contenido de las normas de funcionamiento respecto a la disolución y la liquidación del fondo, será detallado en el comentario al artículo 15.

— *«Las condiciones de movilización de las cuentas de posición y la cuantificación de éstas»*. Mientras que la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (en su versión de 1987 y en el Texto Refundido) enuncia nueve cuestiones a especificar en las normas de funcionamiento del fondo, el Reglamento de 1988 añadió una décima en la letra h) de su artículo 28.3, situándola —pues— antes que las menciones relativas a los requisitos para la modificación de las normas de funcionamiento y para la sustitución de las entidades gestora y depositaria, y antes de la referida a las normas sobre la disolución y liquidación del fondo.

Este décimo apartado exige prever en las normas de funcionamiento dos cuestiones acerca de las conocidas como cuentas de posición del plan en el fondo de pensiones: sus «condiciones de movilización», y su «cuantificación». La cuenta de posición de cada plan en un fondo de pensiones permite determinar la parte alícuota del patrimonio del fondo corresponde a cada uno de los planes adscritos a él. Se regula en el artículo 10 del Texto

Refundido, y en los artículos 32 y 37 del Reglamento, ya estudiados en esta obra. En este lugar corresponde recordar cómo concretar en las normas de funcionamiento aquellas dos cuestiones que exige el artículo 28.3.h) del Reglamento.

A) En cuanto las «condiciones de movilización», el propio Reglamento se remite a lo que dispongan las normas de funcionamiento del fondo acerca de tres extremos:

1.— Situaciones en que será posible la movilidad de la cuenta de posición. En concreto, el artículo 32.2 del Reglamento establece lo siguiente.

«2. Las normas de funcionamiento de cada Fondo de Pensiones deberán prever la movilidad de la cuenta de posición de un Plan en las siguientes situaciones:

a) en los casos contemplados en el artículo 44 de este Reglamento.

b) En el caso de que libremente lo decida cualquier Plan.

Las mismas previsiones afectarán, necesariamente, a los Fondos de Pensiones abiertos, en orden a posibilitar la movilidad de las inversiones que en ellos realicen otros Fondos de Pensiones».

En cualquier caso, en la actualidad —como se sabe— habría que estar a las hipótesis de traspaso admitidas por el artículo 10 del Texto Refundido, a cuyo comentario nos remitimos.

2.— Posible descuento a favor del fondo de pensiones. El artículo 37.3 RFPF señala que «La movilización de la cuenta de posición de un plan de pensiones podrá implicar un descuento a favor del Fondo de Pensiones, de acuerdo con las previsiones de las normas de funcionamiento de éste».

3.— Forma de verificar la movilización. El artículo 37.4 RFPF dispone que «Las referidas normas de funcionamiento podrán prever que la movilización de una cuenta de posición se haga mediante la transmisión a otro Fondo de Pensiones de los activos que proporcionalmente correspondan a aquella cuenta de posición».

B. Respecto «cuantificación» de la cuenta de posición, el mismo artículo 37, en su número 2, establece que «La cuantificación de la cuenta de posición de cada plan integrado en el Fondo se derivará de la aplicación de los criterios de valoración anteriormente indicados»; esto es, conforme a unos detallados criterios contenidos en el número 1 de ese precepto, en el que se distinguen los diferentes tipos de activos en los que se puede materializar la inversión de los fondos, debiendo tenerse en cuenta asimismo lo previsto en la Orden de 27 de marzo de 2003, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (cf. su art. 2).

De ese modo, el margen concedido a la autonomía privada se reduce a la fijación del sistema o fórmula a emplear para su determinación (LA CASA, 1997, p. 73), pudiendo recogerse a título de ejemplo lo que al respecto indica el Modelo de Normas de Funcionamiento (art. 32):

«1. Las cuentas de posición de los Planes en el Fondo vendrán determinadas por la parte alícuota que cada uno de ellos ostente sobre el Fondo, aplicada al valor del mismo.

2. Para la determinación de la parte alícuota correspondiente, a todo movimiento del Plan que signifique entrada o salida de recursos, se le determinará su contravalor en unidades de cuenta, unidades de cuenta que se acreditarán o debitarán en la cuenta del Plan.

3. Para cada Plan se tendrá un saldo en unidades de cuenta.

El valor de la unidad de cuenta se determinará semanalmente el viernes de cada semana o el día siguiente hábil y permanecerá inalterable hasta la siguiente valoración.

Por día inhábil se entenderá los domingos y festivos en la plaza en que se halle el domicilio social del Fondo.

El valor de la unidad de cuenta será el resultado de dividir el valor patrimonial del Fondo, calculado según los criterios de valoración determinados por la legislación vigente y, en particular, los recogidos en el art. 37 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones y los que, en su caso, establezca el Ministerio de Economía y Hacienda, entre el número de unidades de cuenta en vigor en dicha fecha.

4. Los gastos directamente imputables a cada Plan supondrán disminución del número de unidades de cuenta del Plan. Los gastos no imputables directamente, la comisión de gestión del Fondo, las ganancias y las pérdidas obtenidas por este, no modificarán el número de unidades de cuenta, participando cada Plan en ellos proporcionalmente por la incidencia de las mismas en el valor de la citada unidad.

5. La cuenta de posición del Plan en un Fondo será el resultado del producto del último valor de la unidad de cuenta calculado con el saldo de unidades de cuenta que el Plan presente, deducida del resultado anterior la periodificación de gastos y comisiones directamente imputables al Plan.

6. Para el momento inicial se determina que el valor de la unidad de cuenta es de 1000 pesetas (mil pesetas).»

En cualquier caso, recuérdese que la determinación del valor concreto de la cuenta de posición movilizable a otro fondo de pensiones corresponde a la entidad gestora del fondo [art. 40.6.e) RPPF].

3 Inscripción en el Registro Mercantil. 3.1. Carácter y sentido de la inscripción. El artículo 16.1,4º del Código de comercio señala que el Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción, entre otros, de los fondos de pensiones, teniendo esta inscripción un carácter obligatorio, según advierte el Reglamento del Registro Mercantil [«La inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria para los fondos de pensiones»; art. 81.1.i) RRM]. Sin embargo, como se conoce, esa inscripción ha pasado a ser facultativa para los fondos de inversión (cf. el art. 8.2 de la LIIC, según la nueva redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero).

3.2. Registro competente. Conforme al artículo 285 del Reglamento del Registro Mercantil, «Los fondos de pensiones se inscribirán en el Registro Mercantil del domicilio de la entidad gestora. También podrán inscribirse en el Registro correspondiente al domicilio de cualquiera de los promotores». Como es sabido, el criterio general que se sigue para determinar la competencia de los Registros Mercantiles es el domicilio del sujeto inscribible (art. 17.1 RRM). Sin embargo, habida cuenta que los fondos de pensiones son meros patrimonios sin personalidad jurídica, careciendo en consecuencia de su propio domicilio, se ha optado por el domicilio de la entidad gestora (igual que sucede respecto a los fondos de inversión: cf. el art. 277 RRM), si bien para estos fondos se añade la posibilidad de escoger el Registro correspondiente al domicilio de cualquiera de los promotores.

3.3. Actos inscribibles, y documentación necesaria para ello. Según el número 4 del artículo que comentamos, tras obtener la autorización administrativa previa, «en el Registro Mercantil se abrirá a cada Fondo una hoja de inscripción en la que será primer asiento el correspondiente a la escritura de constitución y contendrá los extremos que ésta deba expresar, aplicándose las normas que regulan el Registro Mercantil». Como es natural, el Reglamento del Registro Mercantil (art. 286) proporciona más detalles acerca de qué actos relativos a los fondos de pensiones se consideran merecedores de publicidad registral (art. 286), qué circunstancias deben constar en cada inscripción (arts. 287, 290 y 291), así como qué documentación es necesaria para practicar la correspondiente inscripción (arts. 292 y 293).

Respecto a este último aspecto, hay que tener presente que el artículo 292.3 establece una regla común a todas las inscripciones, estableciendo que «La facultad de certificar y

elevar a público los anteriores actos corresponderá, a los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil, al órgano de administración de la entidad gestora en los términos establecidos en la sección 3.^a del capítulo III del Título II de este Reglamento». Por tanto, «a los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil», sólo hay un órgano facultado para certificar y elevar a escritura pública actos inscribibles: el órgano de administración de la entidad gestora, siguiendo las pautas generales contenidas en los artículos 107 a 112 del Reglamento del Registro Mercantil. De ese modo, a estos efectos es irrelevante que la comisión de control del fondo posea las facultades de representación [art. 14.2.e) TR LPPF]. La Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 3 febrero de 2000), ha abordado esta cuestión, respaldando el criterio contenido en el RRM. Consideró lo siguiente:

«a) Que el artículo 292 del Reglamento del Registro Mercantil, respecto de los planes y fondos de pensiones, después de distinguir entre los actos que habrán de constar en escritura pública para su inscripción (apartado 1) y aquellos otros para los cuales bastará certificación del acuerdo adoptado por el órgano u órganos correspondientes (apartado 2), atribuye claramente al órgano de administración de la entidad gestora del fondo de pensiones tanto la facultad de certificar como la de elevar a público todos los mencionados actos, a efectos de su inscripción en el Registro Mercantil (apartado 3) —introducido como nuevo respecto del anterior Reglamento del Registro Mercantil de 1989, por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio— b) Que esta función de documentación de los actos relativos a planes y fondos de pensiones, al encomendarse a dicho órgano de administración, resulta beneficiada por la permanencia y profesionalización de aquél; y la atribución de dicha facultad a quienes desempeñan funciones de gestión permite, para el caso de incorrecto ejercicio de aquélla, aplicar el especial régimen de responsabilidad establecido legalmente (cfr. artículos 22 de la Ley sobre Planes y Fondos de Pensiones; y, para el caso de que la entidad gestora sea una sociedad anónima, artículos 133 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas), y c) Que la norma reglamentaria ahora debatida, que establece los presupuestos subjetivos de la facultad de certificar, ha de ser aplicada con rigor e interpretar de modo escrito tal requisito, máxime si se tiene presente que, dada la especial trascendencia, «erga omnes», de los asientos registrales, que gozan de la presunción de exactitud y validez — artículo 3 del Reglamento del Registro Mercantil— y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículo 1 de dicho Reglamento—, se hace necesario exigir la máxima certeza jurídica de los documentos que tienen acceso al Registro (especialmente si, como acontece con las certificaciones, se trata de meros documentos privados), no sólo por lo que

se refiere a la veracidad y exactitud del contenido de tales documentos sino también respecto de la legitimación para expedirlos».

Pasemos a repasar cuáles son los actos inscribibles, las circunstancias y datos que deben reflejarse en el Registro, y la documentación necesaria para inscribir cada acto en la hoja abierta al fondo de pensiones:

A) *La constitución del fondo.* Como se ha adelantado, la inscripción primera se refiere, como no puede ser de otra forma, a la constitución del fondo. En particular, conforme al artículo 287.1 del Reglamento del Registro Mercantil, se harán constar las circunstancias siguientes:

1.ª La denominación del mismo, seguida de la expresión «Fondo de Pensiones» o, en siglas, FP.

2.ª La identidad de la entidad o entidades promotoras y de las entidades gestora y depositaria. Para ello, se consignarán los datos enumerados en el artículo 38 RRM, al que nos remitimos.

3.ª La naturaleza abierta o cerrada del fondo, así como las clases de planes que pueda integrar.

4.ª El patrimonio inicial del fondo, si lo tuviere, describiendo, en su caso, las aportaciones realizadas conforme a su naturaleza.

5.ª Las normas de funcionamiento.

B) *Los acuerdos de integración o adscripción de planes de pensiones en el mismo, así como su movilización a otro fondo de pensiones.* Los acuerdos de integración deben inscribirse en la hoja registral del fondo en que se integren, mientras que los acuerdos de movilización de las cuentas de posición de los planes ya integrados deben constar en la hoja del fondo del que parte, y con la consiguiente inscripción de la nueva integración en la hoja del fondo receptor. Para ello, deberá aportarse certificación del acuerdo de integración de los órganos correspondientes, cuyas firmas estén legitimadas notarialmente. A la certificación que acredite la integración de un plan de pensiones en un fondo, se debe acompañar «una copia del Plan y el correspondiente dictamen actuarial, que quedarán depositados en el Registro» (art. 292.4 RRM); el «correspondiente dictamen actuarial» a que se refiere el Reglamento no puede ser otro más que el dictamen actuarial sobre la suficiencia del sistema financiero y actuarial del plan previsto en el artículo 9 TR LPFP, y en el artículo 23 RPFP. De otro lado, no se comprende cómo el RRM, si ha considerado de interés para los terceros estas circunstancias, no ha extendido esta obligación de manera expresa a los acuerdos de

integración y movilización de fondos de pensiones en otros fondos de pensiones de carácter abierto.

C) *El nombramiento y cese de los miembros de la Comisión de Control.* Para practicar esta inscripción, debe entenderse que bastará certificación del acuerdo del órgano u órganos correspondientes, cuyas firmas estén legitimadas notarialmente. Debe hacerse constar la identidad de los nombrados o cesados, así como el plazo de duración de su mandato, que no podrá exceder de cuatro años (art. 291.1 RRM). Al respecto, nos remitimos a lo que se dirá con ocasión del comentario al artículo 14 (v. su epígrafe 4.1).

D) *La delegación de las facultades de representación del fondo que realice la Comisión de Control en la entidad gestora.* Para su inscripción, esta delegación de facultades debe constar en escritura pública (art. 292.1 RRM).

E) *La modificación de las normas de funcionamiento del fondo, así como la alteración de su naturaleza abierta o cerrada.* La modificación de las normas de funcionamiento debe recogerse en escritura pública (art. 292.1 RRM), a la que debe acompañarse la autorización administrativa previa a esa modificación (art. 293.1 RRM).

F) *La sustitución de la entidad gestora y de la depositaria y el cese en su actividad, cualquiera que fuese la causa.* A la escritura que refleje la sustitución de la entidad gestora o depositaria se acompañará, en su caso, el acuerdo de la comisión de control del fondo, y el documento que acredite la aceptación de la nueva entidad (art. 293.3 RRM). Y a la certificación que acredite la renuncia efectuada por la entidad gestora o depositaria se acompañará la notificación fehaciente a la comisión de control del fondo (art. 293.5 RRM). Todo ello conforme a lo previsto en los artículos 14.2.g) y 23 de la Ley.

G) *Las medidas administrativas que afecten a la entidad gestora o a sus administradores, al fondo de pensiones o a alguno de los planes integrados en el mismo, o a sus comisiones de control, en los términos previstos en los artículos 326 y siguientes.*

H) *La disolución y liquidación del fondo.* El acuerdo de disolución o la liquidación deben constar en escritura pública (art. 292.1 RRM), a la que se acompañarán los documentos que acrediten los requisitos de publicidad, auditoría y garantía que previene la legislación de los fondos de pensiones (art. 293.2 RRM). Esos «requisitos de publicidad, auditoría y garantía» parecen coincidir con los requisitos de auditoría, publicidad, y garantía que exige el artículo 23 de la Ley para el caso de que la disolución se produzca por concurrir los supuestos previstos en esa disposición.

I) *En general, los actos y contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción esté prevista por las Leyes.*

Tras enumerar las circunstancias que deben constar en la primera inscripción de los fondos de pensiones, el artículo 287.2 del Reglamento del Registro Mercantil advierte que «En el acta de inscripción se hará constar expresamente que el asiento se practica sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 289 de este Reglamento»; esto es, que si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del asiento de constitución del fondo, no se acredita su inscripción en el Registro administrativo o, en su caso, que se ha interpuesto recurso contra la resolución denegatoria de la inscripción en ese Registro administrativo, el asiento practicado en el Registro Mercantil caducará (v. infra).

Una vez inscrito el fondo en el Registro Mercantil, el siguiente paso consiste en su inscripción en el Registro de Fondos de Pensiones existente en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, «previo cumplimiento de todos los demás requisitos de constitución» (art. 11.7 TR LPFP). Por tanto, la inscripción en el Registro Mercantil, aún contando con la autorización administrativa previa correspondiente, en modo alguno habilita a los fondos de pensiones para que desarrollen su objeto exclusivo, con lo que esta primera inscripción carece de sentido sin la posterior inscripción en el Registro administrativo. Por ello, el Reglamento del Registro Mercantil prevé dos medidas de control en el ámbito registral: el cierre del Registro para ese fondo (art. 288), y la caducidad de la inscripción (art. 289). Veamos cada uno de estos dos mecanismos.

a) *El cierre registral.* Para evitar fundamentalmente que el fondo pueda iniciar su actividad, integrando planes de pensiones, sin que se haya verificado esa segunda inscripción en el registro administrativo, se advierte que «No se practicará asiento alguno posterior al regulado en el artículo precedente (la inscripción primera o de constitución en el Registro Mercantil), mientras no se extienda al margen del mismo nota acreditativa de la inscripción del fondo en el Registro administrativo especial que corresponda» (art. 288 RRM). Así pues, nada más inscribir la constitución del fondo en el Registro se produce su cierre registral, que se mantendrá hasta tanto no se extienda la oportuna nota marginal que deje constancia de la inscripción en el Registro de Fondos de Pensiones, o hasta que definitivamente se produzca la caducidad de la inscripción, según se expondrá.

A nuestro juicio, el Reglamento del Registro Mercantil se muestra demasiado severo con este cierre registral («No se practicará asiento alguno»), debiendo admitirse una interpretación finalista que permita la inscripción de actos que no responden a un intento de realizar su actividad, sino más bien a lograr superar obstáculos en el procedimiento constitutivo (v. gr. la modificación de las normas de funcionamiento), o bien la propia disolución y extinción del fondo. Como se conoce, en otros supuestos en los que nuestra

legislación impone el cierre del Registro Mercantil, sí se admite el acceso excepcional al Registro de ciertos documentos como los títulos relativos a la disolución, cese de administradores, etc., y los asientos ordenados por la Autoridad judicial o administrativa (v. gr. el art. 221.1 LSA y el art. 378.1 RRM, acerca del incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales de ciertas sociedades, y las d.t.3.^a de la LSA y de la LSRL, en cuanto al cierre registral para las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada no adaptadas a su respectivas leyes societarias).

b) La caducidad de la inscripción. El artículo 289 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «Dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del asiento de constitución del fondo, sin que se haya acreditado su inscripción en el Registro administrativo o, en su caso, interpuesto el oportuno recurso contra la resolución denegatoria, expresa o por silencio, caducará aquel asiento y podrá ser cancelado de oficio por nota marginal. La interposición del recurso citado se hará constar por nota marginal».

4. Inscripción en el Registro Administrativo de Fondos de Pensiones. Según establece el artículo 11.5 LPFP del Texto Refundido, «Se crearán en el Ministerio de Economía el Registro administrativo de Fondos de Pensiones y el de Entidades Gestoras de Fondos de Pensiones». El Registro de Fondos de Pensiones fue creado en el seno de la entonces llamada Dirección General de Seguros, por la tantas veces citada Orden de 7 de noviembre de 1988, por el que se determina el procedimiento de inscripción registral de instituciones y personas relacionadas con los Planes y Fondos de Pensiones regulados por la Ley 8/1987, de 8 de junio [v. su art. 1.1.a)].

Con este Registro, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones dispone de un instrumento que facilita el ejercicio de sus potestades de control y supervisión. Ya respecto a los inicios del fondo, se advierte que «La inscripción en el Registro administrativo exige el previo cumplimiento de todos los demás requisitos de constitución» (art. 11.7 TR LPFP), debiendo constar en el Registro tanto la Resolución que autoriza la constitución del fondo, como la que permite su inscripción en el propio Registro administrativo (art. 4 Orden de 7 de noviembre de 1988).

4.1. Solicitud y resolución. A tenor del artículo 3.1 de la Orden de 7 de noviembre de 1988, la inscripción en este Registro debe ser solicitada por la entidad promotora del fondo, a cuyo efecto presentará copia auténtica de la escritura de constitución del mismo debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Como ya se advirtió al abordar la vigencia de la autorización administrativa previa, esta solicitud, acompañada de la copia de la escritura de

constitución ya inscrita, debe presentarse en el Registro administrativo dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recepción por la entidad promotora de la notificación de la autorización para la constitución del fondo de pensiones.

La concesión o denegación de la inscripción del fondo en el Registro Administrativo se hará por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y se notificará a los interesados con indicación de los recursos procedentes, según dispone el número 2 de aquel artículo 3 de la Orden de 1988. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12.1 de esta Orden, la solicitud deberá «resolverse, en todo caso, de modo expreso, en el plazo de seis meses», coincidente con el plazo previsto en la disposición adicional segunda del Texto Refundido, si bien la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones está facultada para recabar la información adicional que precise, «quedando interrumpido el plazo anteriormente señalado hasta la recepción de la información requerida» (art. 12.1 OM de 7 de noviembre de 1988).

A nuestro juicio, esta autorización para acceder al Registro de Fondos de Pensiones queda comprendida en la expresión general «autorizados» que figura en la disposición adicional segunda del Texto Refundido: «En ningún caso se entenderán autorizados un fondo de pensiones o una entidad gestora de fondos de pensiones en virtud de actos presuntos por el transcurso del plazo referido» De ese modo, aunque el artículo 12 de la Orden 7 de noviembre de 1988 no diga nada al respecto, creemos que en este caso debe entenderse aplicable la regla del silencio administrativo negativo (en otro sentido, v. LA CASA, 1997, p. 85).

4.2. Actos inscribibles, y documentación necesaria para ello. Según el artículo 11.5 del Texto Refundido, en este Registro administrativo «se hará constar la escritura de constitución y las modificaciones posteriores autorizadas en la forma prevista en este artículo. Además, se deberá hacer constar el Plan o Planes de Pensiones a que cada Fondo de Pensiones esté afecto, así como las sucesivas incidencias que les afecten». En cualquier caso, su contenido se halla detallado en la Orden de 7 de noviembre de 1988 (art. 4.º «Contenido del Registro de Fondos de Pensiones»): «Resoluciones de la autorización e inscripción del Fondo»; «Su denominación»; «La escritura de constitución; la denominación o razón social y el domicilio de las Entidades Promotoras o Promotoras del Fondo, Gestora y Depositaria; el Plan o Planes de Pensiones integrados en el Fondo, y en particular: su denominación y modalidad, razón social y domicilio del promotor, y las modificaciones sustantivas de la naturaleza de los Planes que incidan sobre el propio Fondo». Asimismo debe constar «El nombre y apellidos, domicilio, profesión y número del documento nacional de identidad de

los miembros de la Comisión de Control del Fondo, así como, en su caso, especificación del Plan de Pensiones que representa». Y finalmente, «Cualesquiera otros hechos que estime oportunos el Ministerio de Economía y Hacienda».

La Orden de 7 de noviembre de 1988 concreta el plazo y la documentación necesaria para practicar la inscripción de estos actos: «Los datos o hechos sujetos a inscripciones y sus modificaciones, deberán comunicarse a la Dirección General de Seguros en el plazo de diez días a partir de la fecha de la adopción de los acuerdos correspondientes, acompañando la oportuna certificación de los mismos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 44.1, letra a), del Reglamento, sobre sustitución de la Entidad Gestora y en el artículo 28.6 del mismo texto, sobre modificación de escrituras» (art. 4.2). Respecto a la integración de los planes en el fondo, se indica que «En igual plazo que el indicado en el número anterior la integración de un Plan de Pensiones en el Fondo deberá comunicarse a la Dirección General de Seguros acompañando certificación del acuerdo de admisión correspondiente, con indicación expresa del profesional que hubiere dictaminado el proyecto del Plan, así como su declaración expresa de que cumple el requisito de independencia en los términos señalados en la letra c), del número 1, del artículo 45 del reglamento. Se adjuntarán, necesariamente, las especificaciones de cada Plan de Pensiones» (art. 4.3).

Por último, conviene recordar que tras la inscripción del fondo en el Registro administrativo, debe acreditarse tal circunstancia ante el Registro Mercantil a fin de que se extienda la pertinente nota marginal, levantando así el cierre registral impuesto hasta ese momento (art. 288 RRM), y evitando que se produzca la caducidad de la primera inscripción en el Registro Mercantil (art. 289 RRM).

5. El fondo de pensiones de carácter abierto. 5.1. Sentido y caracterización. Conforme al artículo 11.9 TR LPFP, los fondos de pensiones pueden encuadrarse dentro de dos tipos: fondos abiertos, caracterizados por poder canalizar las inversiones de otros fondos de pensiones; y fondos cerrados, que instrumentan exclusivamente las inversiones del plan o planes de pensiones integrados en él. Se trata de una tipología que tiene la consideración de ordenación básica de la banca y los seguros (*ex d.f.4.ª TR LPFP*), como ya confirmara el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de noviembre de 1997: «Tomando en consideración el carácter predominantemente financiero de estas instituciones, resulta evidente que es básico determinar si éstas pueden o no canalizar las inversiones de otros Fondos. Se trata de una regla esencial de funcionamiento que debe entenderse comprendida en la competencia estatal reconocida en el tantas veces citado art. 149.1.11 CE» (F.D. 12.º).

El sentido de los fondos de pensiones abiertos reside en «la posibilidad de especialización en determinados segmentos del mundo financiero, que por su mayor complejidad requieren de inversión especializada, así la inversión en activos extranjeros. particularmente la renta variable, o la inversión en inmuebles, de este modo y a través de estos Fondos abiertos, la gestión de los activos de la cartera de un Fondo en estos segmentos del mercado pueden ser invertidos a través de entidades especializadas y beneficiarse de ventajas de volumen necesario en algunas de ellas como en los inmuebles» (VVAA, 1989, pp. 100-101).

Según el artículo 4.4 de la Orden Ministerial de 1988, «Un Fondo de Pensiones abierto accede a tal condición cuando constituya un activo mínimo de 5.000 millones de pesetas y lo comunique a la Dirección General de Seguros, la cual autorizará la utilización de la denominación Fondo de Pensiones Abierto y para que opere como tal, pudiendo así canalizar inversiones de otros fondos de Pensiones». Hay que subrayar, en consecuencia, que el acceso a la condición de fondo de pensiones abierto es fruto de una autorización administrativa, que puede ser solicitada una vez que el fondo de pensiones ya constituido alcanza un activo mínimo de 5.000 millones de pesetas (30.050.605,21 euros). Se trata, como indica el prof. LA CASA (1997, p. 89), de un clase de fondos de pensiones que viene definido exclusivamente por la ampliación del ámbito de actuación de un fondo previamente constituido, de modo que la "fundación" de un fondo de pensiones abierto tan sólo puede producirse mediante la "transformación" a tal clase de un fondo de pensiones cerrado.

A nuestro juicio, la caracterización como fondo abierto o cerrado no debe plantearse como unas categorías incompatibles entre sí, debiendo permitirse todas las hipótesis posibles: fondo que decide integrar tanto planes como otros fondos de pensiones, fondo que opta por integrar sólo otros fondos, etc., y todo ello sin que estemos ante decisiones irreversibles. Se trata simplemente de permitir, pues, que los fondos que acrediten disponer del patrimonio mínimo exigido por la Ley, puedan integrar a otros fondos de pensiones.

Sin embargo, esa caracterización flexible, sujeta nada más que a la correspondiente autorización administrativa, parece quedar encorsetada por la propia clasificación legal que distingue entre fondos "abiertos" y "cerrados", cuando hubiera resultado más claro que la ley se limitara a exigir los requisitos correspondientes, sin calificación añadida. En efecto, esa calificación artificial ha propiciado que el Reglamento del Registro Mercantil obligue a que quede constancia desde el inicio (en la primera inscripción) de la «naturaleza abierta o cerrada del fondo» (art. 287.1,3º RRM), como opciones excluyentes, debiendo inscribirse asimismo en la hoja abierta al fondo la posterior «alteración de su naturaleza abierta o

cerrada» (art. 286,5.º RRM). Debe añadirse, como ha advertido LA CASA (1997, p. 88), que el hecho de que su carácter abierto o cerrado deba constar en la inscripción primera no concuerda con una configuración de los fondos que hace que, al tiempo de su fundación, revistan carácter cerrado: los fondos son una mera estructura formal apta para la ulterior integración de planes, lo que es incompatible con el requerimiento de patrimonio inicial mínimo y, por ende, con su nacimiento como fondos abiertos.

De otro lado, la flexibilidad con que se regula la repercusión del carácter abierto sobre la denominación del fondo, también permite mantener la posibilidad de compatibilizar la integración de planes y de fondos. Conforme al artículo 4.4 de la Orden de 1988, la autorización para integrar fondos de pensiones implica asimismo autorizar «la utilización de la denominación Fondo de Pensiones Abierto». No obstante, debe repararse en que, frente a lo que es común en materias de denominaciones jurídicas, en este caso no estamos ante una facultad-obligación: el TR LFPF no obliga a añadir la expresión «Fondo de Pensiones Abierto» tras la denominación del fondo, sino que sólo se limita a establecer que «La denominación del fondo (...) deberá ser seguida, en todo caso, de la expresión "fondo de pensiones"»; además, su artículo 36.6 tampoco menciona la expresión «Fondo de Pensiones Abierto» entre las que su utilización indebida da lugar a la correspondiente sanción. Igualmente, el Reglamento del Registro Mercantil tampoco contempla una abreviatura específica para esta clase de Fondos (cf. su art. 403.4,3.ª). En cualquier caso, hay que convenir en que la expresión «Fondo de Pensiones Abierto» queda reservada para los fondos que cuenten con la autorización necesaria (en el mismo sentido, LA CASA, 1997, p. 90), por más que la ley haya olvidado prever de manera expresa tal reserva, ni haya tipificado como infracción su uso indebido.

5.2. *Requisitos.* Como ya se ha adelantado, para poder integrar otros fondos, deben cumplirse dos requisitos principales: disponer de un activo mínimo de 30.050.605,21 euros, y ser autorizado para ello por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Según se declara en el número 10 del artículo que comentamos, el requisito del patrimonio mínimo tiene su razón de ser en «las garantías exigidas para su correcto desenvolvimiento financiero». Aunque el artículo 11.10 del Texto Refundido se refiera a «patrimonio *inicial* mínimo», parece claro que no estamos ante un requisito inicial sino funcional, de manera que su incumplimiento debe suponer la revocación de la autorización para integrar fondos. Sin embargo, la Ley no impone de manera explícita esa revocación, sino que para tal situación prevé la adopción de medidas de control especial que, en realidad, están previstas para estados de crisis financiera en el fondo. En efecto, conforme al artículo 34.1,2.º.f) TR LFPF,

en caso de insuficiencia de los activos mínimos exigidos a los fondos de pensiones abiertos para poder operar como tales, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá adoptar las medidas de control especial contenidas en ese precepto. Si con la adopción de tales medidas se trataba de evitar los efectos inmediatos que podría suponer la pérdida del carácter abierto, bien se podría haber previsto otro procedimiento específico, porque la aplicación de aquellas medidas de control especial puede resultar inadecuada (LA CASA, 1997, p. 90, nota 95).

En cuanto a la autorización administrativa, el artículo 4.4 de la Orden de 1988, arriba transcrito, viene a establecer —de una manera un tanto confusa— que una vez que un fondo de pensiones constituya aquel patrimonio mínimo «y lo comunique a la Dirección General de Seguros», podrá obtener la correspondiente autorización «para que opere como tal (fondo de pensiones abierto)». Por tanto, solicitada esa autorización, y acreditado ese patrimonio mínimo, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones «autorizará» al fondo para que opere integre otros fondos de pensiones, y para que incluya en su denominación la expresión Fondo de Pensiones Abierto. Por la forma verbal empleada («autorizará»), hay que convenir en que estamos ante una autorización reglada (LA CASA, 1997, p. 90).

Estas solicitudes «deberán resolverse, en todo caso, de modo expreso, en el plazo de seis meses», según señala el artículo 12 de la Orden de 7 de noviembre de 1988; se trata del mismo plazo que prevé con carácter general la disposición adicional segunda TR LPFP para las «peticiones de autorizaciones administrativas reguladas en la presente Ley». Igual que antes hemos mantenido respecto a otras solicitudes, consideramos que ésta ha de considerarse comprendida en la expresión general «autorizados» que contiene la disposición adicional segunda de la Ley («En ningún caso se entenderán autorizados un fondo de pensiones o una entidad gestora de fondos de pensiones en virtud de actos presuntos por el transcurso del plazo referido»), por lo que debe entenderse aplicable la regla del silencio administrativo negativo (de otra opinión es LA CASA, 1997, p. 90).

La normativa no condiciona esta autorización a que las normas de funcionamiento de cada fondo lo permitan. No obstante, cabe que en el ámbito interno de cada fondo, esa posibilidad se encuentre condicionada a la decisión o consentimiento de algunos órganos del fondo, en particular de su comisión de control. En efecto, esa situación puede reflejarse en las normas de funcionamiento del fondo de varias maneras: aunque no es habitual, cabría impedir en un futuro esa alternativa, declarando el carácter cerrado del fondo, en cuyo caso —a juicio de LA CASA (1997, p. 89, nota 94)— no sería posible hacer uso de la facultad reconocida en el artículo 4.4 de la Orden de 1988 sin una previa modificación de las normas

de funcionamiento. También es posible requerir el acuerdo de los sujetos implicados en el desenvolvimiento del fondo (entidades gestora, depositaria y comisión de control), considerando LA CASA (1997, p. 89, nota 94) que, de cualquier modo, habrá de contarse necesariamente con la aquiescencia de la comisión de control.

En la práctica, sin embargo, se opta por una fórmula sencilla y operativa: permitir la futura integración de fondos de pensiones, aunque en ese momento no se tenga intención de actuar como fondo de otros fondos. Para ello, en las normas de funcionamiento del fondo (por lo general en el «Ámbito de actuación»; v. supra), usualmente se suele indicar algo equivalente a lo siguiente: «El Fondo de Pensiones (...), será de tipo abierto cuando disponga de un activo mínimo de 5.000 millones de pesetas y sea autorizado como tal por la Dirección General de Seguros» (art. 5.3 del Modelo de Normas de Funcionamiento de 1988). Dentro de las normas de funcionamiento del fondo, parece que lo pertinente es incluir el carácter abierto o cerrado del fondo en el epígrafe relativo al «Ámbito de actuación», como ya se dijo.

Por último, la adquisición del carácter abierto debe inscribirse en el Registro Mercantil (art. 285,5º RRM). La normativa existente nada indica de manera específica acerca de la documentación necesaria para practicar el correspondiente asiento. Conforme al artículo 292 del Reglamento del Registro Mercantil, que regula con carácter general el «Título inscribible» en relación a los fondos de pensiones, bastará certificación del acuerdo del órgano u órganos correspondientes, cuyas firmas estén legitimadas notarialmente. El órgano correspondiente será el órgano de administración de la entidad gestora, que deberá certificar la adopción del acuerdo de solicitar la pertinente autorización administrativa. Como es natural, a esa certificación del acuerdo deberá acompañarse la documentación que acredite haber obtenido tal autorización: según dispone el artículo 84 RRM, salvo que otra cosa disponga la legislación especial, no podrá practicarse la inscripción en el Registro Mercantil del sujeto que pretenda realizar actividades cuya inclusión en el objeto requiera licencia o autorización administrativa, si no se acredita su obtención. La misma regla se aplicará a la inscripción de actos posteriores sujetos a licencia o autorización administrativa (en el mismo sentido, LA CASA, 1997, pp. 90-91).

5.3. Relaciones entre el fondo Abierto y los fondo integrados. En cuanto a las relaciones entre el fondo abierto y el fondo o fondos que se integren en él, parece que hay que convenir en la similitud existente con las relaciones que vinculan a los fondos de carácter cerrado con los planes de pensiones (LA CASA, 1997, pp. 87-88). La normativa vigente sólo se refiere implícitamente a la necesidad de que cada fondo integrado disponga de su cuenta de posición en el fondo abierto: la Orden de 12 de marzo de 1996, por la que se aprueba el

sistema de información estadístico-contable de las entidades gestoras de fondos de pensiones, prevé el correspondiente «Modelo de presentación de la Cuenta de Posición del Fondo de Pensiones Inversor». Además, según viene a establecer el artículo 32.2 *in fine* RPPF, las normas de funcionamiento de cada fondo de pensiones deben prever la movilidad de la cuenta de posición de los fondos integrados, «en orden a posibilitar la movilidad de las inversiones que en ellos realicen otros Fondos de Pensiones», de modo similar a lo que sucede con la movilidad de la cuenta de posición de los planes (v. LA CASA. 1997, pp. 105-106).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR, J., «El régimen de control por la Administración Pública», *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, 1989
- ANGULO RODRÍGUEZ, E., «Constitución y régimen de organización de los fondos de pensiones», *Estudios sobre planes y fondos de pensiones* (Dir. Martínez Lafuente), Barcelona, 1989
- BAYOD Y SERRAT y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ. *Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, 1989
- BOLÁS ALFONSO, J., «Constitución de los fondos de pensiones: especial referencia a la escritura de constitución», *Estudios sobre planes y fondos de pensiones* (Dir. Martínez Lafuente), Barcelona, 1989
- LA CASA GARCÍA, R., *Los fondos de pensiones*, Madrid, 1997
- MALDONADO MOLINA, F.J., *Las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras*, Granada, 2001
- MANRIQUE LÓPEZ, F., «Examen de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones», *La Ley*, IV, 1987
- MÉNDEZ BAIGES, A., «Comentarios a la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (III)», *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, Julio-Octubre 1996
- MONEREO PÉREZ, J.L., *Público y Privado en el sistema de pensiones*, Madrid, 1996
- PORFIRIO CARPIO, L.J., «Los Fondos de Pensiones en España. Estudio de la Ley de 8 de junio de 1987, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones», *Revista Española de Seguros*, núm. 52, 1987
- SORIANO GARCIA, J.E., «Fondos de Pensiones y responsabilidad del Estado», *Estudios sobre planes y fondos de pensiones* (Dir. Martínez Lafuente), Barcelona, 1989

TIRADO SUÁREZ, F.J., «Posición jurídica de los promotores, partícipes y beneficiarios», *Régimen jurídico de Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, 1989

TIRADO SUÁREZ, F.J., «Algunas consideraciones sobre el banco como Entidad Depositaria de un Fondo de Pensiones», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo III, Madrid, 1994

VVAA, *Fondos de Pensiones* (Dir. Villarig), Madrid, 1989