

MANUEL MARIA SANCHEZ ALVAREZ  
Magistrado y profesor de Derecho Mercantil

## La Disposición Adicional Cuarta del proyecto de Ley de modificación de la legislación reguladora de los seguros privados

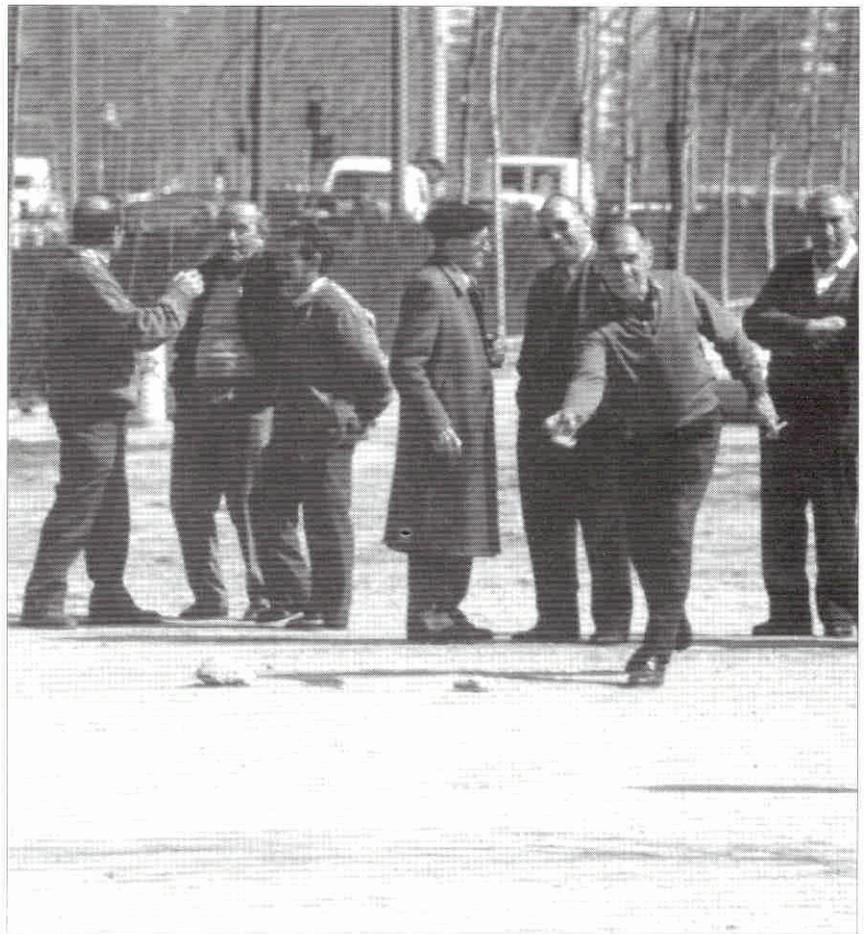
**E**N esta nota pretendemos comentar brevemente algunas cuestiones que suscita la lectura de la Disposición Adicional Cuarta del «proyecto de Ley de modificación de la legislación reguladora de los seguros privados», destinada a incorporar una Disposición Adicional Cuarta a la Ley 8/1987, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

Según la Exposición de motivos y la Memoria justificativa que acompañan al proyecto, la DA pretende la «incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del precepto contenido en el artículo 8.º de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario».

Para comprobar la corrección de dicho intento, parece razonable someter a la DA a una doble confrontación: con la citada directiva y con nuestro ordenamiento, en el que pretende insertarse.

### I

Ante todo conviene recordar que la directiva es «el recurso técnico a través del cual se posibilita la aproximación de las legislaciones nacionales» (artículo 100 TR). Con ella se preten-



de alcanzar la «equivalencia material de los efectos jurídicos derivados de cada ordenamiento nacional, garantizado así un mínimo nivel de equilibrio dentro del complejo sistema de relación de poderes y distribución de competencias establecido en el Tratado entre los Estados miembros, por un

lado, y la Comunidad, por otro» (Fernández de la Gandara).

Las directivas carecen de toda eficacia directa, tanto material como formal (STJCE de 16 de febrero de 1986, Marschall). Sobre el Estado destinatario pende la obligación de alcanzar el resultado pretendido por aquélla, aun-



que dispone de amplias facultades en lo referente a la elección de la forma y de los medios a seguir (artículo 189, 3 TR).

La finalidad del artículo 8.º de la Directiva 80/987/CEE es «proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes», para lo que se prevé la creación de un «régimen complementario de previsión profesional o interprofesional... independiente del régimen legal nacional de Seguridad Social».

Basta una lectura superficial para constatar que en el presente caso se trata de una directiva de las llamadas de la primera generación, por lo que los Estados destinatarios disponen de

un «gran margen de apreciación en cuanto a la organización, al funcionamiento y a la financiación de las instituciones de garantía» a las que aquélla alude (STJCE de 19 de noviembre de 1991, Francovich).

En este sentido, la DA parece considerar que los fondos de pensiones, los llamados fondos «internos» y el seguro colectivo de vida son funcionalmente neutros; es decir, que los tres son instrumentos aptos para alcanzar el mismo fin, a saber: «proteger los intereses de los trabajadores, aun en los supuestos en que se haya extinguido su contrato de trabajo, frente a posibles insolvencias del empresario en orden al cumplimiento de los compromisos por pensiones asumidos por aquél» (Exposición de motivos del proyecto y Memoria justificativa del mismo).

Para que ello fuese así resultaría necesario que estas tres modalidades ofreciesen un resultado similar; es decir, que el grado de seguridad jurídica

y técnica que las mismas ofrecen fuese intercambiable. Mucho nos tememos que ello no sea así y que en realidad los resultados finales sean de carácter desigual e incluso contradictorio con los fines de la propia directiva.

En efecto, si lo que se pretende es constituir un régimen de pensiones de carácter complementario que no se vea afectado por la eventual insolvencia del empresario, entonces nada cabe que objetar a los fondos de pensiones; más matizada debe ser la opinión respecto a los contratos de seguro, y sólo rechazo merece la pretensión de instrumentar aquel régimen mediante los llamados fondos internos, aunque esta posibilidad se contemple como un supuesto de carácter excepcional, pues no parece que estos últimos garanticen de manera suficiente su integridad e inmunidad frente a la eventual declaración de insolvencia del empresario (Sánchez Calero). En suma, dicha modalidad se

encuentra en abierta contradicción con el artículo 8.º de la Directiva 80/987/CEE. Este juicio merece una breve aclaración.

Antes que nada debemos resaltar que, tal y como viene redactado el precepto, no se puede precisar a ciencia cierta qué sectores económicos podrán acogerse finalmente a esta modalidad, ya que, en este sentido, dicha norma es un modelo de imprecisión jurídica y ambigüedad calculada, que le confiere un carácter totalmente abierto, con la aparente finalidad de dejar las manos libres al Gobierno para que éste pueda actuar en el futuro sin restricción legal alguna, en función de los eventuales acuerdos a los que pueda llegar.

Dicho esto, y por lo que se refiere a las medidas previstas en el párrafo segundo de la DA: cumplimiento por parte de los empresarios de garantías financieras específicas; supervisión de la solvencia de aquéllos por la Administración pública y necesidad de previa autorización administrativa, las mismas no modifican el hecho de que el empresario es el titular de los fondos internos (último párrafo de la DA), por lo que éstos deben considerarse como parte integrante de su patrimonio, con las consecuencias jurídicas que de tal circunstancia se derivan. Es decir, aquellas medidas no pueden impedir que los citados fondos deban responder, en unión de los demás bienes que integran el patrimonio del empresario, del cumplimiento de las obligaciones contraídas por éste, de acuerdo con los principios de unidad patrimonial y de responsabilidad universal, que consagra el artículo 1.911 CC (De Castro, Roca Sastre, Capilla Roncero, Gullón Ballesteros), por lo que en el caso de que aquél fuese declarado en estado de insolvencia, y a falta de una disposición que expresamente proclamase lo contrario, dichos fondos se verían afectados por la referida declaración y responderían, por tanto, del cumplimiento de la tota-



lidad de las obligaciones asumidas por aquel empresario.

Al respecto parece necesario recordar que la libertad de medios para la incorporación de una directiva al derecho nacional que el artículo 189, 3 TR concede a los Estados comunitarios, encuentra su límite, precisamente, en la aptitud de aquéllos para alcanzar el fin que la directiva se propone alcanzar, por lo que si ésta no ha sido incorporada, o lo fuese de manera defectuosa —lo que equivale a un incumplimiento—, el Estado viene obligado a reparar por los daños que se pudiesen haber causado a sus nacionales, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que la directiva atribuya un derecho a favor de los particulares. b) Que el contenido de esos derechos pueda identificarse basándose en las disposiciones de la directiva. c) Que exista un vínculo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido (STJCE de 19 de noviembre de 1991, Francovich).

A la luz de esta doctrina parece posible afirmar que de prosperar esta modalidad de los fondos internos, el

Estado estará asumiendo una responsabilidad por incumplimiento de la que no podrá eximirse, en el caso de que alguno de los empresarios autorizados a acogerse a dicha modalidad sea declarado en estado de insolvencia.

**«De prosperar la modalidad de los fondos internos, el Estado estará asumiendo una responsabilidad de la que no podrá eximirse»**

**P**ERO todavía parece posible apurar un poco más esta cuestión de la responsabilidad del Estado, aunque en un plano distinto al anterior. El artículo 11, 3 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, dispone que «el otorgamiento de la autorización (del Ministerio de Economía y Hacienda) en ningún caso podrá ser título que cause la responsabilidad de la Administración del Estado». Si la razón de

ser de este precepto residiese en que la autorización es, en sí misma, considerada, una forma de control de la Administración (Duque), de tal circunstancia se desprendería que implícitamente se está reconociendo que en ciertos casos la existencia de una tal autorización administrativa podría ser título bastante para exigirle al Estado dicha responsabilidad, si a pesar de aquel control se produjese un perjuicio. Pues bien, en esta línea no resultaría del todo aventurado sugerir que el caso que nos ocupa podría ser uno de aquéllos, desde el momento en que el Estado está garantizando la solvencia de aquellos empresarios a los que autoriza a acogerse a dicha excepción, pues se entiende que el Estado no otorgaría la referida autorización en el caso de que aquél considerase insuficiente su solvencia (párrafo segundo de la DA).

## II

Se trata ahora de estudiar la DA en relación a nuestro ordenamiento jurídico, en el que pretende incorporarse. Resulta innecesario advertir que dado el nivel introductorio en el que nos movemos, debemos limitarnos a esbozar algunas ideas de carácter general.

Comenzaremos por los fondos internos, ya que, como hemos tenido ocasión de ver, es la modalidad que mayores problemas presenta. Sin perjuicio de reiterar la idea de que los mismos deberían suprimirse, parece oportuno formular unas cuantas observaciones de carácter complementario, para el caso de que, a pesar de todo, se optase por su mantenimiento.

Si así fuese, resultaría imprescindible plasmar las medidas jurídicas necesarias que, sin perjuicio de las que ya vienen contempladas en el proyecto, impidan que aquellos fondos se vean afectados por la eventual insolvencia del empresario. Ese conjunto de medidas deberían estar guiadas por

la idea de romper la unidad patrimonial del empresario y en consecuencia crear con dichos fondos un «Zweckvermögen», un patrimonio destinado a un fin, asegurando de esta manera la real efectividad de la separación entre ambos patrimonios, el general y el afecto al cumplimiento del fin, que así se independizaría de los percances que aquél pudiera sufrir, lo que constituye la razón de ser del artículo 8.º de la directiva.

**«Resultaría imprescindible plasmar las medidas jurídicas necesarias que impidan que los fondos se vean afectados por la insolvencia del empresario»**

**P**ODRÍA entenderse que esta propuesta choca con los principios más elementales de nuestro ordenamiento jurídico, en particular con el de unidad patrimonial (persona, un patrimonio) que consagra el artículo 1.911 CC. Sin embargo, la idea de que es posible que una misma persona tenga dos patrimonios no es desconocida en el derecho comparado, como ponen de relieve los dos ejemplos siguientes. Por un lado, encontramos el supuesto, aproximado, aunque no idéntico, del artículo 2.117 CC italiano, que impide que en caso de insolvencia del empresario estos fondos se «distrayan del fin al cual han sido destinados y no podrían ser objeto de la ejecución de los acreedores del empresario». En otro orden de cosas, encontramos el supuesto previsto en la 12 Directiva en materia de derecho de sociedades (89/667/CEE), en la que se establece un conjunto de medidas destinadas a asegurar la efectiva separación de los dos patrimonios, el social y el personal, aunque la sociedad sólo tenga un socio.

Por supuesto, la propuesta que sugerimos no debe confundirse con la formalización de una nueva modalidad de crédito privilegiado atribuido a los beneficiarios del fondo, pues no se trata de que éstos concurren en situación de preferencia respecto a los demás acreedores del empresario, ni siquiera de establecer un derecho de abstención que les permita ejecutar el crédito de manera separada —pues en este caso el patrimonio sigue siendo uno—, sino de algo tan distinto como pueda ser la constitución de dos centros de imputación de derechos y obligaciones —el empresarial y el del fondo—, de acuerdo con la siguiente idea. Sólo los trabajadores beneficiarios, y nadie más que ellos, pueden dirigirse contra el fondo interno, pues éste no responde de más obligaciones que de las suyas propias.

En última instancia, ello podría permitir la conservación y permanencia del fondo, aunque el empresario desapareciese.

Llegados a este punto, y a fin de despejar cualquier equívoco, conviene reiterar que la inclusión de una norma parecida a la que se propone no tendría por qué afectar, en sí mismo considerado, a la titularidad dominical del empresario sobre los fondos, ya que aquélla se limita a someter al fondo interno a la triple premisa de la separación patrimonial, contable y de responsabilidad.

Para finalizar este apartado queremos llamar la atención acerca de la amplia libertad que la DA concede en orden a la organización de los fondos, pues aquélla se limita a señalar que éstos «deberán dotarse con criterios, al menos, tan rigurosos como los aplicables a los otros dos instrumentos». Como la determinación de dichos criterios se remite al desarrollo reglamentario de la ley, se está generando una situación de fuerte incertidumbre jurídica y técnica acerca de la definitiva configuración de aquéllos, que resultaría conveniente eliminar desde

ahora. En este sentido una vía adecuada puede ser establecer en la ley la directa aplicación del régimen previsto en la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones, en tanto no se encuentre en contradicción con lo dispuesto en la DA, habida cuenta de que no se ve la razón por la cual además de los difícilmente justificables privilegios de la «internalización» y de la atribución al empresario de la titularidad dominical del fondo, deba concedérsele también el beneficio de un régimen distinto del general (según esto serían aplicables, por ejemplo, los Capítulos II, III, IV, V y VII de la Ley 8/1987, de 8 de junio, pero no el artículo 30, en cuanto éste contempla beneficios fiscales, pues no parece justo que quien se beneficia de un privilegio, como es eximirle de la obligación de «externalizar» el fondo, también se vea bonificado fiscalmente, pues la ley no obliga a constituir estos fondos internos, sino que se limita a establecer tal posibilidad, por lo que el empresario puede, no obstante, constituir un fondo de pensiones).



**«Sólo los trabajadores beneficiarios, y nadie más que ellos, pueden dirigirse contra el fondo interno»**

**T**ODO ello en el bien entendido que, como establece la DA, este control administrativo no es de carácter excluyente, por lo que el mismo viene a complementar al que vienen ejerciendo, en relación al cumplimiento de garantías financieras específicas o a su solvencia, otras autoridades e instituciones, como puedan ser la Dirección General de Seguros o el Banco de España, por ejemplo.

### III

Por lo que se refiere a las otras dos opciones (fondos de pensiones y contrato de seguro de vida) conviene abordarlos de manera separada, ya que aunque la Ley 33/1984, de 2 de agosto, y su Reglamento parecen considerar que la gestión de fondos colectivos de jubilación tiene naturaleza asegurativa, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a negar la existencia de diferencias entre los conceptos de seguro y de previsión (Olivencia), lo cierto es que resulta pacífico en la doctrina diferenciar ambos institutos, aun reconociendo su cercanía e incluso una cierta identidad en la materia objeto de su regulación (Mansilla), basándose para ello en que mientras que en el seguro parece necesaria la existencia de un asegurador (Sánchez Calero), en los fondos dicha exigencia no se da, pues éstos aparecen, por un lado, como instituciones de previsión que ofrecen una respuesta complementaria, de carácter voluntario, al régimen general de la Seguridad Social y, por otro, como un sistema de ahorro contractual frente al ahorro discrecional que cada individuo pueda efectuar (Duque), resultando irrelevante, para estos efectos, que el fondo se encuentre asegurado o no.

El método expositivo que vamos a seguir es el de la contraposición entre ambos instrumentos, ya que la cuestión no estriba, como sucedía en el caso de los fondos internos, en que dichas modalidades no se adecuen a la directiva, sino en compararlas, a fin de juzgar cuál de las dos cumple mejor las finalidades del artículo 8.º de la Directiva 80/987/CEE.

En este sentido, se podría afirmar que, en principio, tal vez fuese preferible que el «régimen complementario de previsión profesional» fuese, por sus propias características y función, un fondo de pensiones y no un seguro de vida. Esta última modalidad, que parece configurarse, aparentemente,

como una nueva y específica modalidad del seguro de vida de grupo y que fue entrevista en su día por Girón, presenta algunas diferencias notables en relación a los fondos de pensiones que merecen señalarse.

A las ventajas que tradicionalmente ha señalado la doctrina en relación a los fondos: fortaleza de la posición jurídica de los partícipes en el mismo en relación a los asegurados, y limitación y escasa cuantía de los gastos de gestión y administración del fondo (Sánchez Calero), podemos añadir ahora otras.

En primer lugar, debe señalarse que mientras que en el fondo la titularidad de los recursos patrimoniales corresponde a los partícipes y beneficiarios (artículo 8.º, 4 de la Ley 8/1987) (Duque), hasta el punto de que se constituye un patrimonio separado afecto exclusivamente a lo pactado en relación a un determinado plan (artículo 12 de la Ley 8/1987), en el caso del seguro de vida, el propietario de la prima es el asegurador, por lo que el asegurado y el beneficiario a lo más que pueden aspirar es a tener, en determinadas condiciones, una cierta preferencia en el crédito, siempre que concurren ciertos requisitos (artículos 33 y 42.2 e) de la LOSP y 107 y 120.2 e) del Reglamento. Esta línea se reafirma en el artículo 1.º, apartado 25, del proyecto de ley, que da una nueva redacción al primero de los artículos citados y en el que expresamente se considera a dicho crédito como singularmente privilegiado).

En segundo lugar, la remisión a un futuro Reglamento de la definitiva y concreta configuración de esta modalidad de seguro introduce una dosis de inseguridad jurídica que afecta en particular a todo aquello que se refiere a la posibilidad, prevista en la DA, de que el tomador del seguro —el empresario— pueda ejercitar derechos típicos de un seguro de vida, como son los de rescate y reducción, sin que en principio esté prevista intervención al-

guna de los asegurados —los trabajadores— o de los beneficiarios. Ello permite sospechar que a diferencia de lo que sucede en los planes y en los fondos en los que sí está prevista la intervención de los partícipes (artículos 22, 3, a) y b) y 30 del Reglamento), en esta modalidad la participación de aquéllos será escasa o nula.

En tercer lugar, y por las mismas razones, quedan sin aclarar las consecuencias que sobre el seguro pudiera tener la eventual declaración de insolvencia del tomador —empresario—, en particular las repercusiones de dicha declaración sobre la continuidad del seguro, sobre el mantenimiento del nivel de las prestaciones y sobre los derechos del asegurado y el beneficiario. En cualquier caso, deberá esperarse al desarrollo reglamentario para formular un juicio más fundado.

Por último, debemos señalar que en la modalidad del seguro existe la posi-

bilidad de que el asegurador sea declarado insolvente, y aunque es bien cierto que ante dicha eventualidad tanto el asegurado como el beneficiario y el tercero perjudicado tienen a su disposición los privilegios que les conceden los artículos 33 y 107 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, y de su Reglamento (que se refuerzan en el proyecto, como ya se ha indicado), y aun en el caso de que se considerase que del artículo 24, 3 y 4 de la citada ley pudiera desprenderse la existencia de un privilegio concursal sobre las provisiones técnicas (García Pita) y no sólo sobre la reserva matemática (Garrigues), también lo es que aquel derecho de preferencia no es exclusivo ni absoluto, mientras que, para bien o para mal, los fondos de pensiones están sometidos, únicamente, a sus propios riesgos.

En este sentido, no nos resistimos a dejar de evocar, aun sin compartirla

plenamente, la idea recientemente avanzada que, con apoyo en la STS de 19 de noviembre de 1991 (S. 2.<sup>a</sup>), sugiere que en el caso de que una aseguradora quebre, el Estado estaría obligado a indemnizar a los particulares que se viesan afectados por aquella circunstancia, al haber fracasado la supervisión administrativa a la que están sometidas dichas compañías en virtud de lo dispuesto en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado (J. M. Xiol).

Frente a las anteriores consideraciones, que el seguro garantice la efectividad de la prestación pretendida, a diferencia de lo que sucede con los fondos (Angulo), aparte de no ser del todo exacto, ya que cabe la posibilidad de que el fondo concierte un seguro complementario dirigido a tal fin (artículo 8, 2.º de la Ley 8/1987), no parece suficiente para inclinar el juicio, provisional, a favor de dicha opción. ■

## BIBLIOGRAFIA CITADA

Angulo Rodríguez, L.: «Los Planes y Fondos de Pensiones y la Ley del Contrato del Seguro y demás normativa aseguradora», en Régimen Jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones, Editorial Española de Seguros, 2.<sup>a</sup>, Madrid, 1989.

Capilla Roncero, F.: «La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito», Fundación Universitaria de Jerez. Jerez, 1989.

De Castro y Bravo, F.: «El patrimonio», en Temas de Derecho Civil, Madrid, 1976.

Duque Domínguez, J.: «Notas delimitadoras y naturaleza jurídica de los Fondos de Pensiones», en Régimen Jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones, Editorial Española de Seguros, 2.<sup>a</sup>, Madrid, 1989.

Fernández de la Gandara, L.: «Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español», en Documentación Administrativa 202, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1984. «Problemas políticos jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales», en la reforma del derecho español de sociedades de capital, Civitas, Madrid, 1987.

García-Pita Lastres, J. L.: «Reflexiones sobre el régimen jurídico de la quiebra de las entidades de seguros», en Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado II, Madrid, CUNEF, 1988.

Garrigues, J.: «Contrato de seguro terrestre», 2.<sup>a</sup>, Madrid, 1983.

Girón Tena, J.: «Seguro de personas. Disposiciones comunes y seguros sobre la vida», en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro I, Madrid, CUNEF, 1982.

Gullón Ballesteros, A.: «Artículo 1.911», en Comentario del Código Civil II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Olivencia, M.: «Disposiciones Generales», en Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado I, Madrid, CUNEF, 1988.

Roca Sastre, R.M.: «El patrimonio», en Estudios Básicos, Madrid, 1988.

Sánchez Calero, P.: «Delimitación y notas características de los Planes de Pensiones», en Régimen Jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones, Editorial Española de Seguros, 2.<sup>a</sup>, Madrid, 1989.

Xiol, J. M.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración», en Automóvil, derecho y circunstancia, UNESPA, n.º 13, primer trimestre, 1993.

Moreno Reyes, F. y otros: «Los Planes y Fondos de Pensiones, Comentarios al Reglamento», Madrid, 1988.