



Informe 19/2023, de 25 de mayo de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Materia: Contratos de entidades gestoras de Fondos de pensiones.

ANTECEDENTES

El Director General de Ordenación de la Seguridad Social ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

" PETICIÓN DE INFORME A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO

IDENTIFICACIÓN DEL SOLICITANTE

La presente petición de informe es solicitada por el titular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, D. José Fernández Albertos, órgano directivo dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones, competente para dicha petición, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

ANTECEDENTES

Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, procede a incorporar en el texto refundido de la Ley un nuevo Capítulo XI relativo a los fondos de pensiones de promoción pública abiertos (artículos 52 y ss).

El artículo 52 del texto refundido de la Ley define los mismos del siguiente modo en su apartado 1.

"Tendrán la consideración de fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos aquellos fondos de pensiones promovidos por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a través de la Comisión Promotora y de Seguimiento creada a tal efecto. Se encuadrarán necesariamente dentro de la categoría de fondos de pensiones de empleo, limitando su ámbito de actuación al desarrollo de planes de pensiones del sistema de empleo exclusivamente".

Como señala la propia exposición de motivos de la Ley sus principales características son las siguientes:



“.....

–Actuará como entidad promotora pública la Comisión Promotora y de Seguimiento como órgano colegiado conformado por miembros de la Administración General del Estado. A dicha Comisión se le atribuyen funciones fundamentales sobre estos fondos de pensiones en su constitución y disolución, establecer las directrices de la inversión común de los fondos de pensiones de promoción pública abiertos y realizar un seguimiento periódico sobre las actividades y devenir de los mismos.

–Podrán integrarse en estos fondos los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones y los planes de pensiones de empleo simplificados.

–Serán administrados por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria y bajo la supervisión de una única Comisión de Control Especial para todos los fondos de pensiones de promoción pública abiertos. Esta Comisión estará formada por personas con reconocida experiencia, conocimiento, capacidad de supervisión y gestión y serán nombrados por la Comisión Promotora y de Seguimiento. Sus funciones serán las que el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, establece para la comisión de control de fondo de pensiones, con ciertas singularidades, siempre que resulten compatibles con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

–Los activos de los fondos de pensiones serán invertidos exclusivamente en interés de las personas partícipes y beneficiarias tomando en cuenta la rentabilidad, el riesgo y el impacto social de las inversiones. Se establecerán para ello criterios comunes que valorarán los riesgos extrafinancieros y los criterios medioambientales, sociales y de buen gobierno corporativo alineados con los principios para la inversión responsable y las mejores prácticas de finanzas sostenibles reguladas por la Unión Europea.

–El proceso de selección de las entidades gestoras y depositarias se fundamentará en los principios de igualdad, transparencia y libre competencia con sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a través de un procedimiento abierto. Se exigirán requisitos de solvencia y capacidad a dichas entidades para que se garantice una alta calidad en la gestión unida a unas comisiones reducidas, que especialmente beneficiarán a los autónomos.

–Para garantizar la operatividad entre gestoras y depositarias, la normalización y calidad de los procesos, la agilidad de las operaciones y la accesibilidad de la información a empresas, personas partícipes y beneficiarias se utilizará una plataforma digital común.



Tras definir en los artículos 62 y 64 a las entidades gestoras y depositarias en los fondos de promoción públicas abiertos, los artículos 63 y 65, respectivamente, regula su proceso de selección en los siguientes términos:

“Artículo 63. Proceso de selección de las entidades gestoras.

1. El proceso de selección de las entidades gestoras de los fondos de pensiones de promoción pública abiertos se realizará con sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a través de un procedimiento abierto, respetando los principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

Los contratos a que se refiere el párrafo anterior merecerán la consideración de contratos privados de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.a).1º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por lo que su régimen jurídico a todos los efectos será el resultante de la aplicación del artículo 26.2 de la misma ley.

2. Con una periodicidad máxima de tres años, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a través de su Subsecretaría, convocará previo informe de la Comisión Promotora y de Seguimiento un procedimiento abierto para seleccionar a las entidades gestoras de fondos de pensiones para la constitución y gestión de nuevos fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones fijará en dicho procedimiento los criterios de determinación del perfil y número de fondos de pensiones de promoción pública abiertos en función de las previsiones futuras de desarrollo, de la dimensión media mínima adecuada para obtener economías de escala y optimizando el número de fondos existentes.

3. El acceso al procedimiento abierto exige a la entidad gestora el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Estar autorizada como entidad gestora de fondos de pensiones y no hallarse incurso en causa de exclusión del registro especial o estar sometidas a medidas de control especial por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

b) Detallar una propuesta de política de inversión para cada tipo de fondo que se proponga gestionar en un horizonte de largo, medio y corto plazo mediante la inversión socialmente responsable. Dicho plan deberá ofrecer las necesarias garantías de que se excluye de la inversión a las empresas que operan o tienen alguna sede en paraísos fiscales, considerando como tales los recogidos en la lista adoptada por el Consejo Europeo el 24 de febrero de 2022, así como la relación de países y territorios calificados como paraísos fiscales en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio y sus sucesivas actualizaciones. Tampoco podrán ser invertidos los fondos en empresas que hayan cometido delitos medioambientales o laborales en los 10 años anteriores a la propuesta.



c) Cualesquiera otros que establezca motivadamente la Comisión Promotora y de Seguimiento de conformidad con las exigencias de publicidad y transparencia y con sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Artículo 65. Proceso de selección de las entidades depositarias.

1. El proceso de selección de las entidades depositarias de los fondos de pensiones de promoción pública abiertos se realizará con sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a través de un procedimiento abierto, respetando los principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

Los contratos a que se refiere el párrafo anterior merecerán la consideración de contratos privados de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.a).1.º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por lo que su régimen jurídico a todos los efectos será el resultante de la aplicación del artículo 26.2 de la misma ley.

2. El acceso al procedimiento abierto exige a la entidad depositaria el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Estar inscrita como entidad depositaria de fondos de pensiones y no hallarse incurso en causa de exclusión del registro especial.

b) Asumir un compromiso explícito de uso de la plataforma operativa digital común

c) Cualesquiera otros que decida la Comisión Promotora y de Seguimiento para el adecuado desempeño de las funciones de depositaria, de conformidad con las exigencias de publicidad y transparencia y con sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.”

Por su parte el artículo 66 regula la sustitución de las entidades gestoras o depositarias en los siguientes términos:

Artículo 66. Sustitución de las entidades gestora o depositaria.

La sustitución de las entidades gestora o depositaria será posible sin resolución del contrato en los supuestos enumerados en el artículo 214.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

En los demás supuestos de sustitución de la entidad gestora o depositaria deberá procederse a la resolución del contrato, resultando en todo caso de aplicación lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, respecto de la aplicación y efectos de las causas de resolución. Será causa de denuncia y resolución del contrato el incumplimiento de la entidad en lo relativo a las exigencias respecto a los paraísos fiscales, considerando como tales los recogidos en la lista adoptada por el Consejo



Europeo el 24 de febrero de 2022, así como la relación de países y territorios calificados como paraísos fiscales en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio y sus sucesivas actualizaciones o en caso de sentencia por delito medioambiental o laboral.

La resolución del contrato como entidad gestora o depositaria será comunicada por la Comisión Promotora y de Seguimiento a la Comisión del Control Especial en el plazo de quince días.

En el caso de sustitución por cesión de la entidad gestora o depositaria, se aplicará lo dispuesto en el artículo 23.1.a) de esta ley y en su desarrollo reglamentario en todo aquello que resulte compatible con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y sin perjuicio de las competencias reservadas a la Comisión Promotora y de Seguimiento en el artículo 55.3.e) de esta ley.”

Posteriormente, el Real Decreto 885/2022, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo, desarrolló parcialmente la Ley 12/2022, de 30 de junio, introduciendo el desarrollo normativo del funcionamiento de la Comisión Promotora y de Seguimiento y de la Comisión de Control Especial, entre otros aspectos.

Asimismo, el Real Decreto 783/2022, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y el Real Decreto 373/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, crea en la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, la Subdirección General de Promoción de Fondos de Pensiones de Empleo, añadiendo, entre otras, una nueva letra ad) al artículo 3.1 del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, que atribuye a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la función de “Realizar las actuaciones preparatorias y promover los expedientes de contratación necesarios para el cumplimiento de la legislación vigente en materia de fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos”, correspondiendo el ejercicio de dicha función a la Subdirección General de Promoción de Fondos de Pensiones de Empleo, conforme al artículo 3.2 letra e).

A la vista de lo anterior, se formulan las siguientes cuestiones para que sean sometidas a informe por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

1.- Duración del contrato.

El TRLRFPF establece, tanto en el artículo 63 como en el artículo 65, que los contratos de selección de entidades gestoras y de depositarias merecen la consideración de contratos privados de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.a).1.º de la Ley 9/2017,



de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por lo que su régimen jurídico a todos los efectos será el resultante de la aplicación del artículo 26.2 de la misma ley. A su vez, entendemos que es en el artículo 25.1.a). 1.º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre donde se define que estos contratos de carácter privado se calificarán a su vez como de servicios, puesto que tiene por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26.2 2º párrafo de la LCSP, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

Ni el artículo 63 ni el artículo 65 del texto refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RDL 1/2002, de 20 de noviembre, (en adelante, TRLRFPF) recogen plazo de duración de los contratos de adjudicación de las entidades gestoras y depositarias. Por su parte, el artículo 29.4.2º LCSP establece que los contratos de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acordase el órgano de contratación. Añade que, excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

Se somete a consulta de esta Junta Consultiva de Contratación Pública si, los contratos privados de servicios por los cuales se seleccionarán a las entidades gestoras y depositarias estarían sujetos al plazo de 5 años o, por aplicación del artículo 29.4.2º párrafo de la LCSP podría otorgarse un plazo superior, puesto que la definición de un plazo de esa duración, no garantizaría el cumplimiento del objeto del mismo, y cuya finalidad según la Ley 12/2022 es el impulso de los planes de pensiones del sistema de empleo. Dado que este tipo de productos de previsión de jubilación son a largo plazo, puesto que el partícipe del plan de pensiones no puede hacer efectivos sus derechos consolidados hasta que se alcanzara la edad de jubilación, justificaría que las inversiones directamente relacionadas con el contrato requiriesen de un plazo superior, entre 10 y 15 años, para su recuperación, siendo en tal caso su utilización antieconómica puesto que la declaración de principios de la política de inversión de estos fondos se ha de adaptar a una previsión a largo plazo, de tal forma que, producida la contingencia por

parte del partícipe, este pase a situación de beneficiario y pueda cobrar su prestación. Además, las inversiones entendiendo como tal los derechos consolidados del partícipe, no se pueden amortizar y hacer efectivos hasta que no se produzca la contingencia y el partícipe se jubile, salvo supuestos excepcionales de liquidez como son la enfermedad grave o el desempleo de larga duración previstos en el artículo 8.8 del TRLRFPF. De ser posible la excepcionalidad en el plazo de 5 años, las circunstancias que justifican la aplicación de un plazo superior serían justificadas en el expediente de contratación junto con una indicación de las inversiones a las que se refiere y el periodo de recuperación (jubilación del partícipe), tal como exige el artículo 29.4.2º párrafo de la LCSP en cuestión.

Respecto a la duración máxima de los contratos de servicios, se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe número 7/2020, que afirmó: “Es patente igualmente que la norma que regula la duración de los contratos, el artículo 29 de la LCSP, se halla en el libro primero de la norma, que es aplicable a todos los contratos del sector público, sean éstos administrativos o privados, a diferencia de lo que, como ya hemos señalado, ocurría con la normativa anterior. Esta ubicación no es casual y permite que en la fase de preparación de un contrato privado se definan adecuadamente las condiciones de duración sin tener que atenerse a la normativa privada cuando, como ocurre en el presente caso, ni por la naturaleza de la prestación, ni por las condiciones de financiación del contrato, ni por otras causas de interés público se justifique extraer de la licitación pública a un contrato por un tiempo superior al que marca la LCSP para cualquier contrato público de servicios”.

A contrario sensu, la Junta Consultiva parece admitir que, por la naturaleza de la prestación, por las condiciones de financiación o por otras causas de interés público, es posible “extraer de la licitación pública a un contrato por un tiempo superior al que marca la LCSP para cualquier contrato público de servicios”, es decir, establece la posibilidad de fijar un plazo de duración mayor en aquellos casos en que por la naturaleza de la prestación y por interés público se requiera.

La naturaleza propia de los fondos de pensiones es la de establecer políticas de inversión a medio o largo plazo que generen rendimientos que pueden ser rescatados por los partícipes tras su jubilación, así se define en el artículo 1 del TRLRFPF:

“1. Los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez (...).”

Las contingencias que satisfarán los planes de pensiones son la jubilación, la incapacidad laboral, la muerte o la dependencia, contingencias que se producen a medio o largo plazo, por lo que su objetivo no es otro que generar un ahorro a largo plazo.

Así mismo, el artículo 8.8 del TRLPFP establece que los partícipes de los planes de pensiones del sistema de empleo podrán disponer de los derechos consolidados correspondientes a las aportaciones y contribuciones empresariales realizadas con al menos diez años de antigüedad si así lo permite el compromiso y lo prevén las especificaciones del plan y con las condiciones o limitaciones que éstas establezcan en su caso. Un reflejo claro y conciso de que la naturaleza de los planes de pensiones va ligada a una duración relativamente larga.

Por otro lado, la modificación operada por la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, sobre el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, obedece a necesidades de interés público, así se recoge en la propia exposición de motivos de la norma referenciada:

“(...) la necesidad de introducir reformas para potenciar la previsión social de carácter empresarial en el sistema privado de pensiones se explica fundamentalmente por razones de eficacia en relación con los objetivos que se pretenden y por la estructura del mercado de planes de pensiones, con un menor desarrollo de los planes de pensiones de empleo respecto de los planes del sistema individual. (...)”

Un resultado que persigue esta norma es revertir esta tendencia y fomentar la potenciación de la previsión social complementaria de corte profesional a partir del desarrollo de los planes de pensiones de empleo, con un fuerte anclaje en la negociación colectiva sectorial, facilitando así el acceso a colectivos que, hasta ahora, encuentran dificultades para acceder a los mismos”.

La necesidad de potenciar la previsión social complementaria de corte profesional (segundo pilar del sistema de pensiones) se ha manifestado igualmente en tres planos:

- El Pacto de Toledo 2020, cuya recomendación 16.^a pone el foco en la necesidad de «dotar de estabilidad al actual modelo de previsión social complementaria» e «impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones» a los que se deberá dotar «de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado». (...)»

- El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la reforma 5.^a del componente 30 recoge el compromiso de una «Revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones», debiendo a tal efecto aprobarse durante el segundo trimestre de 2022 un nuevo marco jurídico que impulse los planes de pensiones de empleo y contemple la promoción pública de fondos de pensiones, permitiendo dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de pensiones de empleo en sus empresas o autónomos.



Como se puede observar, la modificación legislativa realizada tiene por finalidad fomentar la potenciación de la previsión social complementaria de corte profesional, lo cual obedece claramente a razones de interés público.

Adicionalmente, la duración adecuada de los contratos está condicionada por la duración de las inversiones contabilizadas en el activo del balance de los fondos de pensiones. La inversión en renta variable suele mantenerse por períodos de, al menos, siete años. Las inversiones de infraestructuras y de impacto, que son clave para la transición energética en Europa, tienen duraciones de más de quince años. En consecuencia, el plazo mínimo deseable para la renovación de los contratos de gestión debe situarse en 10 años. Todo ello de acuerdo a las consideraciones de instituciones internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional (IMF Survey: The Time Is Right for an Infrastructure Push Abdul Abiad, David Furceri, and Petia Topalova September 30, 2014) o la OCDE (PENSION FUNDS INVESTMENT IN INFRASTRUCTURE A SURVEY September 2011).

De acuerdo con las razones expuestas, esto es, por la propia naturaleza de los planes de pensiones y de los fondos de pensiones que se promueven y formalizan con el objetivo de obtener rendimiento a medio y largo plazo y a las razones de interés público expuestas, y partiendo de la base de que no se pretende limitar la libre competencia, además de que la gestión se va a garantizar por otro lado con una nueva licitación cada 3 años, tal y como preceptúa el artículo 63.2 TRLRFP por el cual con una periodicidad máxima de tres años, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a través de su Subsecretaría, convocará previo informe de la Comisión Promotora y de Seguimiento un procedimiento abierto para seleccionar a las entidades gestoras de fondos de pensiones para la constitución y gestión de nuevos fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

2.- Aclaración sobre qué se entiende en este caso como precio del contrato y valor estimado del contrato.

En relación a la onerosidad del contrato, el artículo 2 de la LCSP establece que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta, por lo que se entiende que, para calificar un contrato como oneroso se ha de derivar un beneficio directo o indirecto para el contratista. En el caso de los contratos de selección de entidades gestoras y depositarias, el beneficio económico no se abona por la Administración Pública sino con cargo a los propios fondos de pensiones y, en definitiva, por los partícipes.

Según entendemos, el precio del contrato giraría en torno a las comisiones de gestión y de depósito establecidas en el artículo 107 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (aprobado por RD 304/2004 de 20 de febrero) que las entidades gestoras y depositarias recibirían como retribución por el ejercicio de sus funciones y que recordemos que, como máximo consistirán, en el caso de entidades gestoras, el 0,30%



anual del valor de las cuentas de posición a las que deban imputarse, y en el caso de entidades depositarias, el 0,10% anual del valor de las cuentas de posición a las que deban imputarse.

A partir de lo anterior, se plantea la consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública sobre cuál sería el modo de proceder a la determinación del presupuesto base y del valor estimado del contrato, en tanto que, como se ha planteado, existe un precio.

3.- ¿Cómo se cumple en este caso lo establecido en el Artículo 210 de la LCSP sobre cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación?

Según el artículo 210.1 de la LCSP, el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Además, añade el apartado 2 de dicho artículo 210 de la LCSP, que, en todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características.

Dado que este contrato calificado como de servicios no comporta ningún coste para la Administración y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.4 del TRLRFPF, las entidades gestoras de fondos de pensiones deben comunicar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones los porcentajes que hay que aplicar en cada momento en concepto de comisión de gestión y de depósito acordados para cada plan de pensiones en el momento de su integración en los fondos de pensiones, no pudiendo ser aplicadas estas en tanto en cuanto no se produzca la comunicación a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, se plantea consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública sobre cómo entender cumplido lo establecido en el apartado 2 del artículo 210 de la LCSP en cuanto al acto formal y positivo de recepción o conformidad de la Administración dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características.

Al ser un contrato en el que no hay un gasto por parte de la Administración, podría entenderse que no deba de estar sujeto a esta obligación de certificar el cumplimiento del contrato y de ejercicio satisfactorio por parte de la Administración, dado que no va a ser propiamente la receptora de los servicios prestados (más allá de que pueda una Administración hacer uso de los mismo al querer promover un plan de pensiones de empleo para sus trabajadores e integrarlo en un FPEPP). Se plantea a la Junta Consultiva la posibilidad de excluir este certificado en este procedimiento. Además, en el desarrollo de estos nuevos FPEPP desplegará sus funciones la Comisión de Control Especial de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos (CCE), nueva figura que crea la Ley 12/2022, de 30 de junio, de acuerdo con lo establecido en



el artículo 58.2 TRLPFP que asume las mismas funciones que las comisiones de control de los fondos de pensiones, al remitirse al artículo 14 TRLPFP, respecto de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y de los planes a ellos adscritos, siempre que resulten compatibles con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

*Entre las funciones que desarrollará la CCE, atendiendo al citado artículo 14 TRLPFP, se encuentra el **control de la observancia de las normas de funcionamiento, del propio fondo y de los planes** (apartado 2. b)), esto es, las condiciones que rigen el funcionamiento de los fondos de pensiones.*

Teniendo en cuenta que, en la escritura de constitución de los FPEPP, de acuerdo con el artículo 11 TRLPFP, se deben incluir las normas de funcionamiento, que necesariamente tendrán que ajustarse a las condiciones establecidas en los pliegos de la licitación y a la oferta que cada entidad adjudicataria presente, será la CCE quien observe que se están cumpliendo correctamente estas dos circunstancias al ser las normas de funcionamiento fiel reflejo de las obligaciones estipuladas en los pliegos de licitación.

Se plantea a la Junta Consultiva de Contratación Pública si puede ser la propia CCE quien certifique, atendiendo a su función de control de la observancia de las normas de funcionamiento de los fondos, el cumplimiento del contrato y la recepción de la prestación o, en caso contrario, quién debería realizar dicha certificación.

EL DIRECTOR GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Director General de Ordenación de la Seguridad Social formula consulta al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). En la consulta se plantean tres preguntas relacionadas con el régimen jurídico aplicable a los contratos para la gestión y depósito de los fondos de pensiones de promoción pública abiertos, regulados en el nuevo Capítulo XI del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (TRLRFPF), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, introducido por la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo.

En la consulta se realiza una extensa exposición del nuevo sistema de fondos de pensiones de promoción pública abierto regulado por la Ley 12/2022, y del régimen jurídico previsto para la contratación de las entidades de gestión y depósito de dichos fondos por parte de la Subsecretaría del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y



Migraciones, que se puede resumir en los siguientes puntos, de acuerdo con lo previsto en los artículos 63 y 65 del TRLRFPF:

1º Son contratos onerosos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP y a celebrar por una Administración Pública, en este caso la Administración General del Estado a través del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

2º Son contratos privados de una Administración pública conforme a lo previsto en el artículo 25.1.a).1.º de la LCSP. Dicho precepto establece, como excepción, el carácter privado de “*Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6*”.

3º Su régimen jurídico es el previsto en el artículo 26.2 de la LCSP a tenor del cual:

“Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada”.

Con las premisas expuestas cabe analizar las cuestiones planteadas en la solicitud de informe.

2. En primer lugar, se plantea la consulta sobre el plazo de duración máxima de estos contratos, habida cuenta de que ni el artículo 63 ni el artículo 65 del TRLRFPF contienen previsión al respecto y el precepto de aplicación de la LCSP a los contratos de servicios (art. 29.4.2º LCSP) establece un plazo máximo de duración de cinco años incluidas la correspondiente prórrogas, añadiendo que “*excepcionalmente, en los contratos de*



suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario". A este respecto, en el escrito se consulta sobre la posibilidad de establecer un plazo superior, puesto que el citado plazo de 5 años no garantizaría el cumplimiento del objeto del contrato, y cuya finalidad según la Ley 12/2022 es el impulso de los planes de pensiones del sistema de empleo, añadiendo diversas consideraciones respecto a los plazos de las inversiones de los planes de pensiones objeto de depósito y gestión mediante los contratos correspondientes. En este sentido, se menciona también un informe previo de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que contiene una mención a naturaleza de la prestación y al interés público como circunstancia que justificaría la fijación de un plazo superior al de 5 años.

Efectivamente, esta Junta Consultiva, en su informe de 29 de julio de 2020 (expediente 2020), analizó el artículo 29 de la LCSP concluyendo que, como consecuencia de su ubicación en la misma, que revela la voluntad de la norma de hacerlo aplicable a todos los contratos del sector público, es aplicable también a la duración de los contratos privados que celebran las Administraciones Públicas. En consecuencia, se señalaba que el plazo de duración de los contratos de seguro, que eran por los que se solicitaba informe, no debía exceder de los límites que marca el artículo 29 de la LCSP para los contratos de servicios, siendo ésta la norma aplicable a este aspecto.

En este sentido el informe parte, en la línea de otros pronunciamientos previos de esta Junta Consultiva, de que el plazo de duración de un contrato es *"un elemento sustancial del contrato, que afecta a todas sus fases y que ha de valorarse atendiendo a la naturaleza y circunstancias que concurren en cada contrato concreto y a la legislación aplicable al mismo"*. Tal duración efectiva ha de ser establecida, tal como nos recuerda el artículo 29 en su regla general, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos y de la duración máxima establecida para cada tipo contractual.

Siguiendo este principio general, el propio artículo 29 de la LCSP a lo largo de sus diferentes apartados regula los plazos máximos aplicables a cada tipo de contrato y sus posibles excepciones atendiendo a las circunstancias expuestas.



En concreto, para los contratos de servicios de prestación sucesiva el apartado 4 del artículo 29 establece las reglas para la determinación de su plazo de duración: en su primer párrafo la regla general del plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas; el segundo, la regla excepcional que habilita el establecimiento de un plazo superior cuando lo exija el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato; el tercero, la regla específica para los contratos de servicios de mantenimiento que se concierten conjuntamente con la compra del bien a mantener; el cuarto, la especialidad de los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas; y el quinto, el régimen previsto para asegurar la continuidad del servicio prestado cuando concurren determinadas circunstancias. En definitiva, para estos contratos de servicios se establece un plazo máximo general de duración de cinco años, dentro del cual deberá fijarse el plazo de cada contrato concreto de acuerdo con las circunstancias del apartado 1, con las únicas salvedades que se establecen en los demás párrafos del apartado 4 del artículo 29 establecidas atendiendo a las características de su financiación y la naturaleza de las prestaciones.

En el escrito de consulta la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social invoca diversas razones para fijar un plazo de duración de estos contratos superior a los cinco años. Por una parte, por la propia naturaleza de los planes de pensiones y de los fondos de pensiones que se van a gestionar y depositar mediante los contratos, que se promueven y formalizan con el objetivo de obtener rendimiento a medio y largo plazo. En segundo lugar, por diversas razones de interés público expuestas relacionadas con la finalidad de potenciar la previsión social de carácter empresarial en el sistema privado de pensiones mediante la Ley 12/2022, manifestada también en otros planos como el Pacto de Toledo o el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia. Todo ello, partiendo de la base de que no se pretende limitar la libre concurrencia, además de que la gestión se va a garantizar por otro lado con una nueva licitación cada 3 años, tal y como preceptúa el artículo 63.2 del TRLRFP.

Ahora bien, los argumentos expuestos deben contrastarse con las previsiones normativas aplicables a la duración de los contratos de servicios. En este sentido, en ausencia de una previsión expresa en la Ley 12/2002, la cuestión se centra en determinar si las razones expuestas caben dentro de los supuestos previstos en el artículo 29.4 de la LCSP para fundamentar una duración de estos contratos superior a cinco años. En primer lugar, cabe afirmar que la mera invocación al interés general resulta insuficiente para fundamentar la aplicación de una excepción a la regla general de plazo máximo de duración de cinco años dado que no se menciona esta circunstancia entre los supuestos que regula dicho artículo. El único supuesto de aplicación posible es el mencionado del párrafo 2º del artículo 29.4 de la LCSP que justifica el establecimiento de un plazo superior a cinco años *“cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio”*. Ahora bien, la inversión a



la que se refiere el citado párrafo es la inversión del contratista (en este caso, de la entidad depositaria o gestora del fondo) no la de los partícipes en el Fondo de Pensiones. A este respecto ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que regula el período de recuperación de la inversión de los contratos, señalando en su apartado 1 que *“Se entiende por período de recuperación de la inversión del contrato aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación. La determinación del período de recuperación de la inversión del contrato deberá basarse en parámetros objetivos, en función de la naturaleza concreta del objeto del contrato. Las estimaciones deberán realizarse sobre la base de predicciones razonables y, siempre que resulte posible, basadas en fuentes estadísticas oficiales”*. De acuerdo con ello, sólo se justificaría el establecimiento de un plazo superior al máximo de cinco años si dicho periodo de cinco años resultara insuficiente para que las inversiones realizadas por la entidad depositaria o gestora del fondo para la correcta ejecución de su actividad de depósito o gestión pudieran ser recuperadas en dicho plazo con la retribución fijada.

Las razones incluidas en el escrito de consulta apuntan más propiamente a una justificación de un plazo superior a cinco años basada en las peculiaridades de la naturaleza de la prestación, relacionada con la gestión de unas inversiones que, por su propia naturaleza, tratan de obtener un rendimiento a medio y largo plazo. Sin embargo, esta circunstancia no se encuentra amparada en los supuestos del artículo 29 de la LCSP.

3. En segundo lugar, se plantea la cuestión relativa al modo de proceder para la determinación del presupuesto base y del valor estimado del contrato habida cuenta que el precio del contrato giraría en torno a las comisiones de gestión y de depósito con cargo a los fondos establecidas en el artículo 107 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (aprobado por RD 304/2004 de 20 de febrero) que las entidades gestoras y depositarias recibirían de los partícipes como retribución por el ejercicio de sus funciones.

Antes de nada, cabe advertir que existen otros muchos contratos de servicios en que la retribución del mismo no se realiza con cargo a la Administración o ente del sector público contratante total o parcialmente, sino con cargo al receptor o usuario del servicio, sin que quepa dudar de su carácter contractual y de la existencia de un precio. Tal es el caso, por ejemplo, de muchos contratos de servicios que conllevan prestaciones directas en favor de la ciudadanía en los que, no concurriendo el riesgo operacional propio de las concesiones, se retribuyen con cargo a tarifas a percibir de los usuarios del servicio.

En estos casos, no estando previsto un gasto con cargo a la Administración contratante, no puede hablarse de la existencia de un presupuesto base de licitación en los términos previstos en el artículo 100 de la LCSP.

Sí cabe determinar, por el contrario, un valor estimado del contrato, conforme a lo dispuesto para estos contratos de servicios en el artículo 101 de la LCSP. En este sentido, además de las reglas generales que se prevén en dicho artículo aplicables a todos los contratos, el apartado 11 prevé que *“En los contratos de servicios, a los efectos del cálculo de su valor estimado, se tomarán como base, en su caso, las siguientes cantidades: ... b) En servicios bancarios y otros servicios financieros, los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración”*. Por lo tanto, de acuerdo con la información suministrada en el escrito de consulta, para fijar el valor estimado habrán de tenerse en cuenta las comisiones de gestión y de depósito con cargo a los fondos establecidas en el artículo 107 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, a aplicar a la estimación cuantitativa de fondos a gestionar y tener en depósito por las entidades correspondientes durante el tiempo de duración total del contrato.

4. En tercer lugar, se solicita aclaración sobre la forma de aplicar el artículo 210 de la LCSP, referido al cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación. Sobre este particular hay que señalar que el citado artículo se encuentra ubicado en la Sección 3ª, del Capítulo I del título I del Libro segundo de la LCSP, relativo a *“De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”*. Si, como se ha señalado anteriormente, se trata de un contrato privado de la Administración, resultará de aplicación el derecho privado a sus efectos y extinción de acuerdo con el artículo 26.2 de la LCSP, *“salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada”*. Dado que lo dispuesto en el artículo 210 de la LCSP no se refiere a estas últimas materias, el citado artículo no resulta de aplicación a los contratos objeto de consulta. En consecuencia, y con respeto a las normas de derecho privado, para los contratos objeto de la consulta se puede establecer un régimen propio para el cumplimiento y recepción de la prestación acorde con sus especialidades.

En este sentido, en el propio escrito de consulta se advierte que en estos contratos concurren diversas especialidades como que, sin perjuicio de que el contrato se licite y se celebre por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, teniendo un papel relevante la Comisión Promotora y de Seguimiento, tanto en la licitación, como en su seguimiento (artículos 55.3, 63 y 65 del TRLRFPF), el contrato no comporta ningún coste para la Administración y concurren sobre las entidades gestoras determinadas funciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, además de otras funciones de control por parte la Comisión de Control Especial de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, nueva figura que crea la Ley 12/2022.



En cualquier caso, en la determinación en el contrato de su régimen específico de cumplimiento y ejecución ha de tenerse en cuenta que, con independencia de que el contrato no genere ningún coste para el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y de que el ordenamiento atribuya funciones de supervisión a otros órganos de la Administración General del Estado, en cuanto órgano de contratación, el Ministerio no puede desentenderse de las funciones que le corresponden en representación de la Administración General del Estado en cuanto parte del contrato, supervisando su ejecución, garantizando su cumplimiento y dando por extinguida la relación una vez cumplidas las obligaciones del mismo.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- El plazo máximo de duración de los contratos para la gestión y depósito de los fondos de pensiones de promoción pública abiertos, regulados en el nuevo Capítulo XI del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (TRLRFPF), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, introducido por la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, debe acomodarse a lo dispuesto en el artículo 29.4 de la LCSP.

Las razones de interés general que justifican la regulación de estos fondos por la Ley 12/2022 y la duración de las inversiones incluidas en los planes de pensiones no son circunstancias previstas en el artículo 29.4 de la LCSP para justificar un plazo de duración de estos contratos superior a cinco años.

- El valor estimado de estos contratos deberá calcularse conforme al artículo 101.11 de la LCSP, teniendo en cuenta las comisiones de gestión y de depósito con cargo a los fondos establecidas en el artículo 107 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, a aplicar a la estimación cuantitativa de fondos a gestionar y tener en depósito por las entidades correspondientes durante en tiempo de duración total del contrato.
- En cuando contratos de naturaleza privada no resulta de aplicación a los mismos el artículo 210 de la LCSP, referido al cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación en los contratos administrativos.

Con independencia de que el contrato no genere ningún coste para el Ministerio de Inclusión Seguridad Social y Migraciones, y de que el ordenamiento atribuya funciones de supervisión a otros órganos de la Administración General del Estado, en cuanto órgano de contratación, en la determinación de su régimen



jurídico privado de cumplimiento y efectos, el Ministerio no puede desentenderse de las funciones que le corresponden en representación de la Administración General del Estado en cuanto parte del contrato, supervisando su ejecución, garantizando su cumplimiento y dando por extinguida la relación una vez cumplidas las obligaciones del mismo.