

UNIVERSIDAD DE GRANADA

**Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

TESIS DOCTORAL

*EL RÉGIMEN JURÍDICO-SOCIAL DE LOS PLANES DE PENSIONES
DEL SISTEMA DE EMPLEO*

Autor:
Juan Antonio Fernández Bernat

Director:
José Luis Monereo Pérez

Enero, 2007

AGRADECIMIENTOS

La escritura de un trabajo de estas características no es una empresa solitaria. A su finalización han contribuido numerosas personas a las cuáles quisiera agradecer su constante aliento.

En primer lugar, a mi director de tesis, José Luis Monereo, por el apoyo académico recibido, por su paciente labor de dirección y sereno consejo, por su impagable trato personal, por permitirme dar continuidad a sus trabajos en la materia de los planes de pensiones. En fin, quede aquí sentada mi profunda gratitud por haber tenido la suerte y oportunidad de ser el discípulo de un gran laboralista.

Igualmente, quiero dejar constancia de mi agradecimiento al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, a sus profesores, becarios y personal de administración, al otorgarme toda clase de facilidades para el acopio de materiales y proporcionarme la ayuda y los consejos necesarios.

Además, debo dar las gracias a cuántos –amigos, familiares, compañeros del IES Álvarez Cubero, del IES Aynadamar- con su apoyo me han animado de un modo u otro a seguir adelante, pese a los momentos más críticos, que los hubo.

Finalmente, merecen un agradecimiento especial las personas a quienes he robado la mayor parte de su tiempo. A mis padres y hermanos, por no tener en cuenta mis ausencias y animarme en esta labor. A Marta y Lucas, por su comprensión, ayuda y aliento. Ellos son, pese a todo, las horas y los días.

*Tras el muerto en el estanque,
tras el fantasma en el huerto,
tras la señora que baila
y el hombre que bebe obseso,
tras la expresión de fatiga,
la jaqueca y el lamento,
existe siempre otra historia
que no es jamás la que vemos*

GIL DE BIEDMA, J.: *Las personas del verbo*

El problema de la gratificación diferida se hace aún más problemático en Norteamérica y en Europa debido a la gran cantidad de fondos privados de pensiones que se han hundido y al peligro que acecha a los programas gubernamentales de jubilación. El ahorro para el futuro, esencia misma de la ética protestante, está viciado por la debilidad de esas estructuras, que ya no son puertos seguros.

SENNETT, R.: *La cultura del nuevo capitalismo*

Los riesgos y las contradicciones siguen produciéndose de manera social; es sólo el deber –y la necesidad- de hacerles frente lo que está siendo individualizado.

BAUMAN, Z.: “Individualmente, pero juntos”

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I: EL MODELO DE PLANES DE PENSIONES EN EL MARCO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL GENERAL	27
I. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	29
II. LA REFORMULACIÓN DE LOS ESTADOS DEL BIENESTAR: EL NUEVO PROTAGONISMO DEL MERCADO EN LA PROVISIÓN DE SEGURIDAD	31
1. La consolidación de los sistemas de protección social en el marco de los Estados de bienestar	35
2. La crisis de los sistemas públicos de pensiones como fundamento de la expansión de los mecanismos privados de previsión	41
2.1. Los factores o causas de la permanente crisis de la Seguridad Social española	45
III. EL PAPEL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL	54
1. Los límites del sistema público de protección social: el derecho de Seguridad Social	55
1.1. Los rasgos del sistema de Seguridad Social: su delimitación jurídica en el marco de la protección social	59
2. El derecho a las pensiones públicas: el retroceso en el ideal de cobertura en el proceso de reformas de la Seguridad Social.....	67
2.1. La primera reforma de las pensiones en el contexto de la crisis de la Seguridad Social: la Ley 26/1985, de 31 de julio	68
2.2. La nueva reorganización del sistema de Seguridad Social: del Pacto de Toledo a la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización	72
2.3. Las últimas reformas legislativas: nuevos desarrollos del Pacto de Toledo	81
2.4. Líneas de tendencia en el proceso reformista de la Seguridad Social	88
3. Los planes y fondos de pensiones en el marco de la protección social voluntaria	93
3.1. Una aproximación al concepto de protección social voluntaria....	94
3.2. La protección social voluntaria en el ordenamiento constitucional: la consagración del sistema mixto de pensiones, público y privado	97
3.3. La construcción del modelo legal de la previsión social voluntaria: los principales hitos normativos en el triunfo de las concepciones privatistas	106

A)	El lento camino en el proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones en las empresas	116
B)	El tratamiento fiscal privilegiado como factor de desarrollo de la previsión social voluntaria de carácter privado	124
C)	El reforzamiento de la autonomía colectiva como fuente principal de implantación de la protección social complementaria.....	133
D)	La situación normativa actual. El modelo final de protección social complementaria	138
3.4.	El devenir de la previsión social voluntaria privada y externa al sistema público de Seguridad Social como correlato del ordenamiento comunitario	151
3.5.	Los planes y fondos de pensiones y otros instrumentos de previsión voluntaria	161
A)	Las Mejoras Voluntarias.....	162
B)	Mutualidades de previsión social	173
C)	Contratos de seguros.....	179
3.6.	El modelo legal pluralista de protección social voluntaria y el papel específico del sistema de planes y fondos de pensiones	184

CAPÍTULO II: CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

		197
I.	LA DOBLE FUNCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL PREDICABLE DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES	200
II.	LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL MODELO INTEGRADO DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES	204
III.	LA NOCIÓN JURÍDICO-LEGAL DE PLAN DE PENSIONES: UN CONTRATO DE NUEVO CUÑO	208
IV.	CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS PLANES DE PENSIONES ..	215
1.	Los planes de pensiones como instituciones de previsión social	216
2.	La voluntariedad en los planes de pensiones	222
3.	El carácter privado de los planes de pensiones como rasgo estructural	227
4.	El carácter no sustitutivo y la complementariedad eventual de la acción protectora de la Seguridad Social	232
V.	EL INSTRUMENTO DE INVERSIÓN Y AHORRO: EL FONDO DE PENSIONES	236
VI.	EL ÁMBITO MATERIAL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES: SU DIMENSIÓN COMPETENCIAL	245
VII.	LAS MODALIDADES DE PLANES DE PENSIONES: NOTAS DIFERENCIADORAS DE LOS PLANES INDIVIDUALES Y ASOCIADOS FRENTE A LOS DEL SISTEMA DE EMPLEO	248
1.	La articulación conjunta de los distintos tipos de planes de pensiones	249

2.	Características generales de los planes individuales y asociativos: su función en el ámbito general de las pensiones privadas	251
3.	Régimen jurídico específico de los planes individuales y asociados	256
3.1.	Los planes de pensiones individuales	257
A)	Las entidades financieras como únicas promotoras de un plan individual: la imposibilidad de la promoción conjunta	257
B)	La configuración abierta y no selectiva de los partícipes: la adhesión y los derechos de información.....	258
C)	La menor incidencia del principio de no discriminación en los planes individuales	259
D)	La instrumentación financiera a través del sistema de aportación definida: el régimen flexible de aportaciones.....	261
E)	La formalización de un plan de pensiones individual: la inexistencia de la comisión promotora	265
F)	La ausencia de una estructura de supervisión participada: la figura del Defensor del partícipe	266
G)	Movilización de derechos en un plan individual	268
3.2.	Los planes de pensiones del sistema asociado	270
A)	Los sujetos constituyentes: el pleno reconocimiento de la promoción conjunta	270
B)	El principio de no discriminación: la posibilidad de constituir planes de distintas modalidades.....	272
C)	Las obligaciones estipuladas (aportación definida, prestación definida o mixtos) y el régimen de aportaciones.....	274
D)	La promoción de un plan de pensiones asociado	275
E)	La comisión de control	276
F)	Movilización de los derechos consolidados	278

CAPÍTULO III: LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO
..... 281

I.	SIGNIFICACIÓN DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: ASPECTOS PRELIMINARES	283
II.	ELEMENTOS PERSONALES DEL PLAN DE PENSIONES: EL CARÁCTER PROFESIONAL DEL PLAN DEL SISTEMA DE EMPLEO Y EL MARCO EMPRESARIAL O SUPRAEMPRESARIAL ADECUADO PARA SU ORGANIZACIÓN	289
1.	La tendencia expansiva del campo de aplicación de los planes de pensiones del sistema de empleo	292
2.	Las formas específicas de articulación y promoción de los planes de pensiones ocupacionales: la pluralidad como característica esencial de su ámbito funcional	300
2.1.	El espacio empresa como campo de acción de los planes profesionales: la promoción individual	303
A)	Los microplanes: la figura del empresario individual o profesional independiente como promotor de Planes del sistema de empleo.....	306

2.2. El sector público como promotor de planes de pensiones profesionales.....	309
2.3. Más allá de la empresa: los planes de promoción conjunta.....	314
A) El grupo de empresas como promotor de un plan de pensiones del sistema de empleo.....	322
B) El impulso a los planes de pensiones de promoción conjunta constituidos por pequeñas y medianas empresas.....	334
C) La articulación de planes de promoción conjunta en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito supraempresarial	342
2.4. La noción jurídica de empleado como fórmula omnicomprendiva de los partícipes de los planes profesionales.....	345
2.5. Los sujetos beneficiarios	359

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA DE PREVISIÓN DEL PLAN	362
1. El principio de no discriminación	363
1.1. La formulación general del principio de no discriminación.....	366
1.2. Las características específicas del principio de no discriminación en los planes de pensiones del sistema de empleo	369
A) El alcance del principio de no discriminación como condición de acceso a un plan de pensiones	369
a) El requisito de la antigüedad del personal empleado en la empresa promotora y su cómputo.....	373
b) La modalidad del contrato laboral y su incidencia en el acceso al plan.....	378
c) Valoración jurídico-crítica del alcance del principio de no discriminación en el acceso a un plan de pensiones del sistema de empleo.....	383
B) La incidencia de la prohibición de discriminación del Derecho Comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el acceso a los planes de pensiones....	391
a) La prohibición de discriminación por razón de sexo: igualdad en el acceso a los regímenes complementarios.	393
2. Principios de funcionamiento y de instrumentación técnica del plan .	406
2.1. El principio de capitalización: sistema financiero y actuarial de capitalización.....	406
A) Reparto versus capitalización: un debate inacabado	407
B) El avance de las fórmulas de la capitalización	418
C) La configuración jurídico-general de la capitalización en la normativa española.....	423
a) Sistemas financiero y actuarial de capitalización.....	427
b) Los modelos de capitalización. La preferencia por el sistema de capitalización individual.....	429
c) Las garantías financieras y actuariales de los planes de pensiones y la contratación facultativa de medios de aseguramiento externo.....	434
2.2. El principio de irrevocabilidad de las contribuciones del promotor ...	438
2.3. El principio de atribución de derechos: la titularidad jurídica de los recursos patrimoniales afectos al plan.....	444

2.4. La adscripción del plan al fondo de pensiones: referencia al principio de integración obligatoria	449
IV. LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS COMPROMISOS EMPRESARIALES POR PENSIONES: EL PAPEL DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO	454
1. Los instrumentos normativos adoptados en favor del establecimiento de un régimen obligatorio de instrumentación externa de los compromisos empresariales de pensiones	457
1.1. La exteriorización voluntaria e incentivada fiscalmente tras la aprobación de la Ley 8/1987	458
1.2. La prohibición de los fondos internos a través de la Ley 30/1995: la transposición del artículo 8 de la Directiva 80/987/CE	462
1.3. La situación normativa actual: la disp. adic. 1ª del TRLPFP y el RICP	465
2. Aspectos generales del régimen obligatorio de instrumentación externa de los compromisos empresariales por pensiones.....	468
2.1. El significado de la expresión “compromisos por pensiones”	468
A) Valoración jurídico-crítica sobre el significado y alcance de la expresión “compromisos por pensiones”: los premios de jubilación.	475
2.2. Ámbito subjetivo del régimen de instrumentación y, en su caso, exteriorización de los compromisos por pensiones	486
A) Las empresas sometidas a la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización: el régimen excepcional de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y de las sociedades y agencias de valores.....	487
B) El personal de la empresa afectado por la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización.....	497
2.3. El plazo para exteriorizar los compromisos por pensiones: <i>dies a quo</i> y vigencia temporal	502
2.4. Los modos de instrumentación externa de los compromisos por pensiones.....	505
3. Los planes del sistema de empleo como instrumento apto para la exteriorización de los compromisos por pensiones.....	507
3.1. La opción del plan de pensiones frente al contrato de seguro como instrumento de exteriorización de los compromisos por pensiones	508
3.2. El régimen transitorio de adaptación de los compromisos por pensiones mediante planes de pensiones.....	512
A) Ámbito objetivo y subjetivo del régimen transitorio.....	514
B) El plan de reequilibrio: sus características fundamentales	518
3.3. Responsabilidad empresarial: el incumplimiento de la obligación de exteriorizar los compromisos por pensiones	522
3.4. Valoración crítica del régimen obligatorio de exteriorización como medida de protección de los intereses de los trabajadores	528

V. FORMALIZACIÓN JURÍDICA DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO	535
1. Las fuentes de implantación de los planes de pensiones del sistema de empleo	537
1.1. La autonomía colectiva como fuente constitutiva principal de creación de los planes de pensiones del sistema de empleo	539
A) La negociación colectiva en su función de protección social renovada: una manifestación cualificada del llamado <i>Derecho reflexivo</i>	540
B) Las bases constitucionales y legales de apoyo a la contratación colectiva de los planes de pensiones del sistema de empleo	543
C) Negociación formal e informal en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo	550
a) El plan de pensiones como parte de un convenio colectivo de trabajo	551
a') La adecuada racionalización de la acción social en la empresa: la exigencia de una separación entre beneficios sociales en general y protección social complementaria	552
b') El ámbito empresarial como unidad de negociación principal: insuficiencias y dificultades legales para una articulación colectiva supraempresarial.....	554
c') Contenido de las estipulaciones de previsión: la reglamentación jurídica débil del plan en el ámbito del convenio colectivo como rasgo predominante	560
d') La viabilidad del convenio colectivo extraestatutario	564
b) El plan de pensiones como convenio o acuerdo colectivo de previsión	566
1.2. La iniciativa unilateral del empleador como fuente constitutiva del plan: su papel marginal	569
2. El proceso de implantación del plan (elaboración, negociación, aprobación y formalización)	571
2.1. La fase inicial del proceso: la facultad de iniciativa y los actos previos	572
2.2. La fase de negociación y aprobación efectiva del plan: la comisión promotora	575
A) La composición de la comisión promotora	575
B) El funcionamiento de la comisión promotora.....	587
C) El régimen específico de los planes promovidos por PYMES.	590
2.3. La formalización jurídica del plan: su integración en el fondo de pensiones de empleo	591
2.4. La incorporación de los partícipes al plan: la problemática cuestión del derecho de adhesión (u oposición) individual	594
A) El “derecho de adhesión individual” en la LPFP (Ley 8/1987) y el RFPF (RD 1307/1988): un efecto de la ausencia de	

reconocimiento pleno de la dimensión colectiva de las pensiones privadas en la empresa.....	595
B) El derecho de oposición (o no adhesión) individual al plan en el TRLPFP (RDLeg 1/2002) y el RFPF (RD 304/2004): una solución de equilibrio entre lo colectivo y lo individual	603
C) El ejercicio del derecho de oposición o no adhesión al plan....	610
2.5. El incumplimiento de la obligación de formalizar el plan	617

VI. EL CONTENIDO DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: EL RÉGIMEN GENERAL DE APORTACIONES, CONTINGENCIAS Y PRESTACIONES	622
1. Las aportaciones y contribuciones al plan	622
1.1. Los sujetos aportantes: el deber de contribución del promotor como rasgo estructural de los planes profesionales.....	623
A) El deber de contribución del promotor en la financiación del plan	624
B) La participación del partícipe en la financiación del plan.....	630
1.2. La naturaleza jurídica de las contribuciones empresariales y de las aportaciones personales de los partícipes.....	633
A) La naturaleza no salarial de la participación financiera del promotor en el plan.....	633
a) Las dificultades para la elaboración de una propuesta concluyente acerca de la naturaleza jurídica de las contribuciones empresariales al plan.....	634
b) Los intentos de reconducción de las contribuciones del promotor a la noción jurídico-laboral del salario <i>ex art.</i> 26.1 ET: su consideración como salario en especie	642
c) Naturaleza jurídica extrasalarial de las contribuciones del promotor como propuesta de regulación legal acorde con la finalidad del plan como operación de previsión y autoaseguramiento colectivo	648
B) La naturaleza salarial de las aportaciones directas de los partícipes.....	656
1.3. La determinación de la cuantía de las contribuciones y aportaciones: su tipología y la participación individual del partícipe en su concreción y modificación.....	657
1.4. La fragmentación del sistema de previsión y su compatibilidad con el principio de no discriminación: la diversificación de aportaciones del promotor y la figura de los subplanes.....	664
A) El establecimiento de aportaciones diferentes para los partícipes	665
B) La integración del colectivo de trabajadores en diferentes subplanes	675
C) Las dudas sobre la compatibilidad de la diversidad de tutelas protectoras con el principio de no discriminación: las nulas referencias a la igualdad por razón de sexo aplicada a la protección complementaria	681
1.5. La limitación de las aportaciones anuales	685
2. El régimen jurídico de los “derechos consolidados” de los partícipes y de los derechos económicos de los beneficiarios	688

2.1.	Los derechos consolidados de los partícipes: concepto, determinación y características	688
A)	La disponibilidad limitada de los derechos consolidados: la enfermedad grave y el desempleo de larga duración como supuestos excepcionales de liquidez	693
B)	Derechos en caso de cese o suspensión de la relación laboral: la movilización de los derechos consolidados y la figura del partícipe en suspenso	702
a)	La movilización de los derechos consolidados ante la extinción de la relación laboral del partícipe: un derecho de estricta configuración contractual.....	703
b)	El mantenimiento de los derechos consolidados en el plan: el pase a la condición de partícipe en suspenso.....	710
2.2.	Los derechos económicos de los beneficiarios	720
3.	La acción protectora: las prestaciones del plan del sistema de empleo	722
3.1.	Las contingencias susceptibles de cobertura	725
A)	La jubilación: modalidades protegidas y requisitos de acceso a la prestación.....	727
a)	La vía ordinaria de acceso a la jubilación.....	728
b)	La vía excepcional de acceso a la jubilación: la disposición anticipada de la prestación.....	732
B)	La incapacidad laboral permanente	736
C)	Prestaciones por fallecimiento.....	739
D)	La dependencia: una nueva situación pensionable.....	740
3.2.	Delimitación de las prestaciones: su tipología en atención a la forma de pago	743
3.3.	El proceso de reconocimiento de la prestación	747
3.4.	Incompatibilidades del régimen de aportaciones y prestaciones	749

VII. EL DESARROLLO DEL PLAN DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: SU SEGUIMIENTO Y SUPERVISIÓN POR LA COMISIÓN DE CONTROL.....

1.	La comisión de control del plan: su configuración como mecanismo de supervisión y de representación de los interesados	753
1.1.	La atormentada cuestión de la composición de la comisión de control del plan: paridad vs. supremacía de los partícipes	755
1.2.	El procedimiento de designación o elección de los miembros de la comisión de control	764
A)	La designación con intervención de la autonomía colectiva....	766
B)	El sistema electoral con participación directa de los interesados	770
1.3.	Las condiciones específicas de representación y designación/elección en los planes de promoción conjunta	777
1.4.	Competencias, funcionamiento y régimen de acuerdos de la Comisión de Control	779
2.	Modificación de las especificaciones y revisión del sistema financiero del plan: el papel de la comisión de control y la incidencia de la autonomía colectiva	786
3.	La comisión de control del fondo: configuración general	796
3.1.	Composición	798

3.2. Organización y funcionamiento	804
3.3. Competencias	809
VIII. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO	812
1. El problema de la disponibilidad de las pensiones complementarias: su incidencia en los derechos de previsión objeto de regulación por los planes de pensiones.....	813
1.1. Convenio colectivo y alterabilidad o supresión de los compromisos por pensiones.....	814
A) Vías de intervención de la negociación colectiva con incidencia en el plan contratado colectivamente.....	816
B) Garantías y límites a la disponibilidad de los derechos de previsión contemplados en el plan pactado colectivamente.....	821
1.2. El supuesto de los planes de pensiones formalizados a través de la iniciativa unilateral del empleador	824
2. Las mutaciones de la empresa y su incidencia en el plan de pensiones	825
2.1. Contratas y subcontratas de obras o servicios.....	826
2.2. Cesión de trabajadores.....	834
2.3. El cambio de titularidad de la empresa.....	837
A) La continuidad de los planes de pensiones del sistema de empleo conforme a los artículos 44 ET y 5.4.f) TRLPFP.....	839
B) La regulación del ordenamiento interno y su adecuación a la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre transmisiones de empresa	845
3.4. Las situaciones de insolvencia	847
4. La portabilidad de los derechos de pensión complementaria en la Unión Europea	852
5. La terminación y liquidación del plan	862
 CONCLUSIONES	 869
 BIBLIOGRAFÍA	 893

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación tiene por objeto el estudio de las implicaciones socio-laborales que los planes de pensiones del sistema de empleo presentan. En otras palabras, se pretende analizar en las líneas que siguen la incidencia de los instrumentos de previsión citados en el ámbito del Derecho social. Por tanto, nuestro objetivo se enmarca en un campo específico de los múltiples que resultan implicados por el régimen jurídico regulador de estas instituciones. No en vano, los planes de pensiones se insertan en el Derecho privado de la protección social, siendo en esencia mecanismos privados (indiferenciados) aseguradores de protección, con el consiguiente protagonismo de las técnicas jurídicas de la rama del seguro en este punto, pero, al mismo tiempo, también resultan encuadrables en el ámbito de la protección social, de ahí que interese el estudio de su más que previsible función de complementariedad del sistema de Seguridad Social, con los consiguientes influjos de ésta. Pero además, en los planes del sistema de empleo son muy significativos los aspectos laborales que de los mismos cabe destacar. Su implantación exige de la existencia de una relación laboral (o funcionarial/estatutaria) entre promotor y partícipe, lo que da idea de la influencia que el Derecho del Trabajo en su vertiente individual puede tener en la materia, sobre todo en cuestiones tales como el acceso y la participación de los trabajadores en el sistema privado de pensiones o en lo que se refiere a las condiciones de mantenimiento de los derechos de pensión como consecuencia de las alteraciones (modificativas o extintivas) que se produzcan en la relación de trabajo. Por otro lado, en la génesis del plan como en la fase del desarrollo del mismo cobra una especial importancia el Derecho común de la negociación colectiva. En el origen, porque habitualmente dicho instrumento de previsión será objeto de implantación a través de convenio colectivo. Es éste, como norma laboral, el que se encarga de definir los compromisos del empresario y de los trabajadores en materia de protección social voluntaria. Y a lo largo de su ciclo vital, por cuanto dicho mecanismo cuenta con una estructura de supervisión y control participada por los sujetos colectivos. A ello hay que añadir la posibilidad de que la negociación colectiva incida en el plan modificando o incluso suprimiendo pro futuro los compromisos por pensiones contraídos. Pues bien, teniendo en cuenta todos estos aspectos, trataremos de dar respuesta a los interrogantes que las normas de ordenación de los planes de pensiones del sistema de empleo plantean al estudioso del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por lo demás, la relevancia del tema objeto de análisis determinante de la elección del mismo se debe a la confluencia de una serie de factores de

diverso signo. El primero de ellos supera el tradicional marco estrictamente jurídico, ya que en la institución de los planes de pensiones, especialmente en los de la modalidad de empleo, se puede vislumbrar un intento de reformular el problema de la seguridad frente a los riesgos sociales¹. Se trataría con ello de adoptar una nueva perspectiva: frente a la idea de abordar la satisfacción de las necesidades sociales desde un Estado fuerte y protector se apuesta más porque sean los propios individuos los que asuman la incertidumbre propia de su papel de ciudadano-trabajador en las sociedades desarrolladas. Se apela, entonces, a la responsabilidad individual² en la idea de que el bienestar ya no corresponde, o al menos no únicamente, al Estado. Por tanto, se asiste, en estos momentos, a una inusual promoción de los planes y fondos de pensiones como instituciones privadas de previsión y fórmulas de ahorro e inversión capaces de dar una solución a las crisis permanente en la que (al parecer, aunque interesadamente) se hayan los sistemas públicos de pensiones. Este auge de lo que acertadamente se ha podido denominar como capitalismo gris³ se hace cada vez más presente en la nueva sociedad del riesgo⁴, la cuál impone y propicia entre sus condiciones básicas la individualización (el individualismo institucionalizado)⁵ de la que los planes y fondos de pensiones resultarían ser uno de sus máximos exponentes. Superada la vieja sociedad de la seguridad⁶, las políticas sociales se van resituando en el ámbito de lo asistencial para dejar paso a los nuevos criterios mercantilizadores. Las clases medias-laborales tenderían a asegurarse los medios de recibir bienes sociales por unos cauces que no fueran los del Estado, sino a través de sus propias posibilidades de capitalización privada⁷.

Desde luego, esta reformulación de los Estados del bienestar encuentra en la fuerza avasalladora del principio de mercado impulsado por el capitalismo global⁸ su principal causa explicativa. Un principio que tiene entre otras finalidades favorecer el tránsito del ciudadano, en cuanto sujeto de la democracia social y política, al cliente, en tanto que sujeto del

¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 80.

² Vid. SCHMITZ, D.: "Asumir la responsabilidad", en SCHMITZ, D. y GOODIN, R.: *El bienestar social y la responsabilidad individual*, Madrid, Cambridge University Press, 2000.

³ Se ha descrito como "un nuevo complejo financiero y un nuevo régimen de acumulación basados en la importancia de los fondos de pensiones en el Reino Unido y Estados Unidos, un modelo que ahora se está extendiendo a muchos otros países" [BLACKBURN, R.: "El nuevo colectivismo: reforma de las pensiones, capitalismo gris y socialismo complejo", *New Left Review* (Edición española), núm. 2, 2000, pp. 22-23].

⁴ BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

⁵ BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E.: *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Barcelona, Paidós, 2003.

⁶ O si se quiere, en palabras de IRTI, una vez entrada la "edad de la descodificación". Vid. IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

⁷ ALONSO, L. E.: *Trabajo y ciudadanía*, Madrid, Trotta, 1999, p. 110.

⁸ SOUSA SANTOS, B. de: *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005, p. 333.

mercado⁹ en esta nueva era del consumo¹⁰. Y es que, en verdad, esta fase renovada de las sociedades del capitalismo tardío está conduciendo a que se instale en ellas un neoindividualismo radical de carácter posesivo o propietario¹¹, lo que en el ámbito de las pensiones resulta algo descorazonador si se sigue entendiendo que el Estado social se asienta sobre el principio de la ciudadanía social. Así, se haría valer, por encima de esta consideración de la ciudadanía, lo que se ha venido a llamar como ilusiones prospectivas, las cuáles sirven para crear unos horizontes de seguridad supuestamente generados desde el sector privado y sobrevalorados por la ocultación de determinados riesgos, así como de las condiciones en que se presta la seguridad¹².

Pues bien, sirvan estos comentarios para dejar sentado que en la potenciación de la figura de los planes y fondos de pensiones como mecanismos privados de previsión se ponen en juego otro tipo de consideraciones no estrictamente jurídicas pero no menos importantes en la investigación que a continuación se llevará a cabo de aquélla. De hecho, junto a los aspectos jurídico-laborales, que constituyen el verdadero objeto de este trabajo, se deben remarcar aquellos otros de carácter político e institucional que en una investigación de este tipo no resultan demasiado frecuentes. Con este ánimo se ha querido afrontar este cometido, con la idea de desentrañar el sentido de la evolución que esta política de alentamiento de los planes y los fondos de pensiones presentan en el proceso de remercantilización de la protección de las pensiones. No es poco lo que está en juego.

Pero, en todo caso, y al margen de los factores citados, se puede advertir una causa mucho más general, esta vez centrada en lo jurídico, que justifica holgadamente un estudio de los planes del sistema de empleo, a saber, la existencia de cuanto menos una serie de interrogantes en la adecuada construcción del sistema jurídico-social de estas instituciones de protección relativamente nuevas. No debe extrañar este aspecto, dado que no es algo nuevo esta discordancia entre los conceptos jurídicos consagrados y la realidad de la vida jurídica presente¹³. Por ello, la necesidad de esta investigación se explica en base a la presencia de una serie de carencias en el tratamiento dispensado a esta institución.

⁹ FARIÑAS DULCE, M.^a J.: *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, p. 64.

¹⁰ Sobre los nuevos procesos y políticas de consumo en el postfordismo y sus principales autores, *vid.* ALONSO, L. E.: *La era del consumo*, Madrid, Siglo XXI, 2005.

¹¹ *Vid.* BARCELLONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996.

¹² Para SOUSA SANTOS, “estas ilusiones prospectivas proliferan hoy en día sobre todo en los seguros médicos y en los fondos privados de pensiones” (*El milenio huérfano...*, *op. cit.*, p. 356).

¹³ *Vid.* GURVITCH, G.: *La idea del Derecho social*, Edición, Traducción y Estudio Preliminar “La idea del “Derecho Social” en la Teoría General de los derechos: el pensamiento de Gurvitch” a cargo de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005, p. 3.

Por un lado, se puede decir que la materia objeto de estudio ha sido poco analizada desde el campo jurídico-social. Tan sólo a partir de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹⁴ la doctrina empieza a interesarse por la figura de los planes. Ha sido en estos últimos años cuando éstos, especialmente en los de la modalidad de empleo, han sido objeto de atención por parte de la doctrina social. El retraso en el estudio de las implicaciones socio-laborales de estos instrumentos protectores de carácter privado se ha debido, entre otros factores, a la escasa presencia de los mismos en los convenios colectivos, sobre todo hasta el año 1995. Realmente, la mayor dedicación de la doctrina a aquéllos ha corrido paralela al modo en que se ha ido imponiendo el actual modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España, el cual nace de la necesidad de dotar de garantías a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, normalmente en sede convencional y a través del sistema de mejoras voluntarias.

De otro lado, no existe un marco teórico de referencia en el ámbito social que posibilite con seguridad el estudio de los planes de pensiones del sistema de empleo. En concreto, no se ha estudiado suficientemente el papel que los planes y fondos de pensiones juegan en el ámbito de la protección social en general. En verdad, el desarrollo de los sistemas privados de pensiones no ha venido acompañado de un proceso de integración lógico en el sistema de relaciones institucionales que supone todo modelo de protección social. Además, no existen suficientes análisis de los aspectos de la normativa de ordenación de los planes empresariales con relevancia jurídico-social, ya sea con respecto a la incidencia que la relación de trabajo tiene en el sistema de previsión o en lo que se refiere a los mecanismos de representación propios y específicos de los planes, entre otros.

Tampoco se ha estudiado suficientemente su incardinación en la praxis negociadora y, lo que es más importante, los problemas jurídico-prácticos de envergadura que los mismos plantean a los agentes negociadores. Este análisis de la experiencia de puesta en marcha de los planes del sistema de empleo permite detectar problemas y aportar soluciones de viable realización para mejorar el funcionamiento del sistema de previsión privada de base profesional. Al mismo tiempo, permite apreciar el papel que la autonomía contractual alcanza en la ordenación jurídica de los planes, un ámbito más que es objeto de la despolitización de los procesos regulativos de las relaciones de trabajo, que se escapan del campo de la

¹⁴ BOE 9 noviembre 1995.

actuación estatal y de la regulación que este realiza, y evitan así mismo la emanación de normas procedentes de la autonomía colectiva¹⁵.

Junto a estas carencias, las cuáles se abordarán a lo largo de este trabajo, deben señalarse otro tipo de motivaciones que dan sentido a esta investigación. En primer lugar, se puede indicar el conjunto de desarrollos legislativos, poco o nada estudiados en el ámbito jurídico social, que han favorecido la cristalización de un modelo legal relativamente acabado de tratamiento de esta figura jurídica. Con la aprobación tanto del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones¹⁶ (en adelante, TRLPFP), como de su reglamento de desarrollo [RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de planes y fondos de pensiones¹⁷ (en adelante, RFPF)] se consolidan los principios fundamentales de orientación de los planes y se culmina el desarrollo privatista del art. 41 de la Constitución Española (en adelante, CE), en cuanto sistema de previsión estrictamente privado. Por ello, parece especialmente aconsejable en estos momentos de cierre de este modelo legal comprobar la evolución de fondo en los planteamientos normativos y en qué medida se han terminado de asentar definitivamente los intereses o valores protegidos prevalentemente por las normas de ordenación de los planes. En segundo lugar, una tímida, aunque cada vez mayor, presencia de estas instituciones en el ámbito de la negociación colectiva y su especial profusión en el marco del sector público. Esto resulta fundamental para nuestro propósito, dado que nos permitirá comprobar de forma efectiva el modo en que estos planes se están insertando en la práctica negociadora. En tercer lugar, la dimensión comunitaria que la plasmación práctica de estos instrumentos presentan. Cada vez resulta más visible la actuación de las autoridades comunitarias en el ámbito de las pensiones complementarias de previsión, con el efecto consiguiente de incidir en la propia dinámica interna de las políticas adoptadas por los Estados miembros.

En lo que se refiere a las cuestiones metodológicas, resulta obligado dejar constancia que en el estudio del régimen jurídico-social aplicable a los planes de pensiones del sistema de empleo se ha optado por dar prevalencia al estudio del ordenamiento jurídico vigente. Ello no ha impedido que en ocasiones y en diferentes apartados se haya tratado de describir la evolución normativa de la materia objeto de estudio. Como se apreciará, nos hemos interesado suficientemente por comprender el sentido de las reformas operadas en los últimos años. Igualmente, aunque de forma

¹⁵ BAYLOS GRAU, A.: “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999, p. 9.

¹⁶ BOE 13 diciembre 2002.

¹⁷ BOE 25 febrero 2004.

limitada, se ha creído oportuno hacer referencia al tratamiento que esta cuestión ha merecido en otros ordenamientos.

Por lo demás, se ha optado igualmente por otorgar un carácter primordial al trabajo de campo basado en el estudio de los convenios colectivos y la jurisprudencia. En el primer caso, han sido objeto de nuestro atención los convenios publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, tanto de ámbito sectorial como empresarial, entre los años 2000 a 2005, ambos inclusive, constituyendo un elenco lo suficientemente expresivo para conocer el grado de implantación y reglamentación de los planes de pensiones. Con respecto a la jurisprudencia, y a efectos de perfilar el régimen jurídico-social de los planes del sistema de empleo, hemos dispuesto fundamentalmente de los pronunciamientos emanados de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde 1990, fecha que consideramos como referente, al ser entonces cuando la Sala inicia la aplicación de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones¹⁸. Dicha jurisprudencia se ha completado con una selección de la dictada por las Salas de lo Civil y Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal referida a las cuestiones que se abordan en este estudio, y a su vez con las Sentencias emanadas de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

En todo caso, la utilización de dichos materiales, especialmente los convenios colectivos, no ha sido suficiente para conocer con exactitud el modo en que los planes de pensiones son objeto de creación y ordenación por los agentes sociales, ya que en bastantes ocasiones el pacto de creación del plan no se acomoda a la fórmula del convenio sino al del acuerdo de empresa y, además, cuando se opta por la primera de las vías citadas puede ocurrir que aquél se limite a reconocer la existencia del plan, remitiendo su regulación concreta a las especificaciones correspondientes. En cualquier caso, y pese a que tales circunstancias dificultan enormemente el conocimiento de su existencia, se ha podido obtener una muestra relativamente importante de un buen número de acuerdos suscritos por empresas con los representantes legales de los trabajadores en materia de previsión social complementaria y lo que es más decisivo, a tenor de la importancia que adquieren los mismos, de un número todavía más relevante de reglamentos o especificaciones de planes de pensiones del sistema de empleo (alrededor de 200). Si tenemos en cuenta las continuas llamadas que la normativa reguladora de los planes realiza a aquéllos a los efectos de que en su seno se desarrollen aspectos cruciales del régimen jurídico de los planes, nos podemos hacer una idea de lo importante que ha sido su estudio.

¹⁸ BOE 9 junio 1987.

Al margen de estos materiales, también han sido esenciales los documentos emanados de diferentes organismos que en un sentido u otro han incidido en la correcta delimitación y comprensión de estas figuras. Especialmente importante han sido los pronunciamientos, estudios e informes de la *Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*, pero también los emitidos por el *Comité Económico y Social*, así como por los propios *sindicatos* en lo que se refiere a la plasmación práctica de los planes en la realidad negociadora de nuestro país.

Por lo demás, y dado que nuestro propósito es el estudio de las implicaciones socio-laborales de los planes de pensiones del sistema de empleo, nos proponemos abordar dicho análisis en tres grandes fases. La primera (Cap. I) estará dedicada a abordar el encaje que dichos instrumentos de previsión de carácter privado tienen en el modelo de protección social general diseñado en nuestro país. Para ello, se ha creído necesario realizar el examen de dos cuestiones por separado: en primer término, se analizarán los aspectos jurídico-políticos e institucionales en los cuáles se inscribe la cuestión del desarrollo y potenciación de los planes privados de pensiones, que de manera general se conectan con la reestructuración de los Estados del bienestar; en segundo término, y de forma más extensa, se procederá al estudio de nuestro modelo de protección social en su evolución político-normativa, ya que a partir del examen del mismo será el momento de determinar el papel que los planes de pensiones van a poder desempeñar en dicho ámbito.

La segunda parte del trabajo (Cap. II) se corresponde con el análisis de los aspectos jurídico-generales de configuración de los planes y fondos de pensiones en general. Se pretende con ello, antes de pasar a la indagación más exhaustiva de los caracteres de los planes del sistema de empleo, el poner de manifiesto los elementos esenciales que definen a estas instituciones, desde su naturaleza jurídica hasta sus notas más sobresalientes. Igualmente, trataremos de ofrecer una visión de conjunto del resto de modalidades de planes con el objetivo de dejar constancia de aquellas peculiaridades que presentan los del sistema de empleo frente a éstos últimos.

Ya en la tercera parte de la investigación (Cap. III) será el momento de analizar de forma extendida el régimen de ordenación de los planes de pensiones del sistema de empleo. Para ello, nos centraremos en los aspectos de mayor relevancia de estos instrumentos de previsión desde el punto de vista jurídico-social.

Así, en primer lugar, estudiaremos la significación que dichos mecanismos adquieren en el ámbito general de las pensiones privadas. No en vano, se podrá comprobar como en el conjunto de los últimos desarrollos legislativos se advierte el propósito claro de proceder a la

generalización de la protección social complementaria a través del cauce de los planes del sistema de empleo.

En segundo lugar, nos interesaremos por el carácter profesional de dichos instrumentos de previsión y el marco empresarial o supraempresarial adecuado para su organización. Se trata de una cuestión de enorme interés desde la óptica iuslaboralista si tenemos en cuenta que dicha dimensión profesional resulta determinante de todo el régimen regulador de dicha institución. De hecho, la tendencia expansiva del campo de aplicación de estos planes está favoreciendo que se dé cabida a un mayor número de sujetos participantes, siendo especialmente significativo el proceso de normalización que en este campo adquieren los grupos de empresas como eventuales promotores de un plan en su modalidad conjunta.

En tercer lugar, también adquiere especial relevancia para el propósito de nuestra investigación el estudio del conjunto de los principios rectores de los planes de pensiones que la normativa enuncia expresamente. Por su importancia, prestaremos mayor atención a dos de estos principios básicos, a saber, al principio de no discriminación y al principio de capitalización individual. Téngase en cuenta que el primero tiene una incidencia notable en dos cuestiones cruciales del diseño del plan –su campo de aplicación y los niveles de cobertura- y el segundo remite al sistema de financiación que sustenta todo el entramado institucional de este mecanismo de previsión. Pero, además, se llevará a cabo un análisis detenido del principio estructural *ex lege* de externalización de los compromisos por pensiones. En concreto, se estudiarán las medidas legislativas adoptadas para corregir la situación de fragilidad en la que se encontraban los derechos de previsión de los trabajadores, con especial atención al 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 beneficiarios¹⁹ (en adelante, RICP) para luego llevar a cabo el análisis de los aspectos generales de la exteriorización obligatoria de los compromisos por pensiones impuesta por aquellas normas, así como el papel que los planes de pensiones del sistema de empleo van a jugar en ese régimen de instrumentación externa. Finalmente, será el momento de proceder a una valoración crítica de la exteriorización obligatoria como medida de protección de los intereses de previsión de los trabajadores.

En cuarto lugar, nos ocuparemos del análisis del proceso jurídico constitutivo de los sistemas privados de pensiones en la modalidad de empleo. Se trata de desarrollar el modo en que quedan instituidos estos mecanismos y de estudiar como se lleva a cabo su instrumentación, lo que implica distinguir necesariamente dos fases en el proceso de implantación

¹⁹ BOE 27 octubre 1999.

final de este tipo de planes: por un lado, la formalización de los sistemas de previsión empresariales requiere de un acuerdo anterior constitutivo de los derechos y obligaciones de protección social y, por otro, una vez existente el acuerdo o la decisión de instituir un sistema de previsión, se debe poner en marcha el procedimiento para la aprobación efectiva del plan. En la primera parte de dicho proceso de implementación de los planes adquiere especial relevancia la negociación colectiva, dado que lo más habitual será que el convenio colectivo se encargue de reflejar los compromisos por pensiones asumidos por el empresario con los representantes legales de los trabajadores.

Una vez queda formalizado definitivamente el plan, parece oportuno que el siguiente apartado de la investigación se dedique al examen del contenido de las condiciones contractuales de aquél. Y así, en esta parte del trabajo adquiere especial interés el estudio de tres cuestiones esenciales de dicho sistema de previsión: primero, el sistema de financiación del mismo y, más en concreto, los deberes de contribución de promotores y partícipes; segundo, los derechos consolidados de partícipes y los derechos adquiridos de beneficiarios; y, por último, las contingencias susceptibles de ser objeto de cobertura y las modalidades de prestaciones a dispensar. En cada uno de estos asuntos entran en juego otras tantas cuestiones a las que se tratará de dar respuesta, entre otras: la naturaleza jurídica (salarial o no) que cabe atribuir a las contribuciones de previsión del promotor del plan; la posibilidad de establecer diferentes subplanes, con la consiguiente fragmentación del sistema protector proporcionado por el plan; la incidencia de las alteraciones (extintivas o suspensivas) del contrato de trabajo en la relación de protección del plan; o la función de complementariedad que las prestaciones previstas en el sistema legal parecen cumplir de las del sistema público.

Tras la formalización jurídica del plan, de la que ya se habló con anterioridad, sólo cabe esperar su normal desenvolvimiento. Ello comportará la intervención de una pluralidad de instituciones encargadas, de un lado, de la gestión del patrimonio que se va acumulando como consecuencia de las aportaciones que se realizan y, de otro, de la supervisión y control de todo el entramado jurídico implicado en su desarrollo. Pues bien, del conjunto de dichas entidades que participan en el normal desarrollo de dicho mecanismo privado de protección nos interesaremos especialmente por la comisión de control del plan de pensiones. Precisamente, las implicaciones socio-laborales de esta última, si tenemos en cuenta su configuración como instrumento de participación de los interesados (trabajadores en activo-partícipes y pasivos-beneficiarios) en el control y la gestión indirecta de los planes y fondos de pensiones, aconsejan que centremos nuestra atención en aquélla. La importancia que adquiere este órgano resulta evidente, como se verá, entre

otras razones porque a él se confiere la facultad de modificar las especificaciones del plan. En todo caso, también se hará referencia a aquella otra comisión de control, la del fondo, aunque de forma más breve, pese a su menor incidencia en el ámbito jurídico-social.

El último de los apartados de este trabajo se dedicará a analizar de forma crítica el sistema de garantías proporcionado por el modelo legal de los planes de pensiones para asegurar la pervivencia del sistema de previsión, así como su continuidad. En este sentido, se analizarán cuestiones tales como: la estabilidad de que pueden gozar los derechos de previsión contemplados en los planes ante las variaciones o modificaciones introducidas por la fuente de definición de tales derechos, esto es, el convenio o acuerdo colectivo o la decisión unilateral del promotor; el fenómeno de la portabilidad de los derechos de protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea y la viabilidad de la técnica de previsión y la continuidad de la protección instituida ante las posibles vicisitudes por las que pueda atravesar la empresa. En suma, se trata de comprobar en qué medida el instituto de los planes de pensiones en su modalidad de empleo resulta ser un auténtico sistema de seguridad previsora.

CAPÍTULO I: EL MODELO DE PLANES DE PENSIONES EN EL MARCO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL GENERAL

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La función otorgada a los planes y fondos de pensiones, consistente en complementar la protección dispensada por la Seguridad Social pública, plantea no pocos interrogantes en orden a determinar el espacio que deben ocupar ambas formas de aseguramiento. Los planes de pensiones son instrumentos de previsión que tienen como objetivo ofrecer una protección social adicional, dirigida a todos aquellos que, por razones económicas, pueden y desean alcanzar una pensión mayor de la que les correspondería con el sistema público y obligatorio. En este sentido, se trataría de un nivel de protección social voluntario, libre, complementario o no, pero nunca sustitutivo del régimen público de Seguridad Social. Sin embargo, en la práctica, y teniendo en cuenta los últimos desarrollos legislativos en la materia, se pueden apuntar otros aspectos que hacen de los planes y fondos de pensiones mecanismos que no se limitan a jugar un papel secundario, de lujo, podríamos decir, en el esquema de la protección social de los ciudadanos. Muy al contrario, con el tiempo, dichos instrumentos han ido asumiendo un protagonismo inusual en los sistemas de pensiones. Y ello, como se verá, como consecuencia de la confluencia de una serie de factores políticos, económicos, sociales y jurídicos que han potenciado una revisión de los pilares que sustentaban los modelos de protección social que se consolidaron con los modernos Estados del bienestar²⁰.

Por ello, antes de abordar la configuración jurídico-general de los planes de pensiones y el desarrollo, con posterioridad, de los de la modalidad del sistema de empleo, resulta obligado referirse al encaje que dichos instrumentos de previsión de carácter privado tienen en el modelo de protección social general diseñado en nuestro país. No en vano las actuales reformas de los sistemas de seguridad social nacionales, entre ellos el español, que tienen, entre otras finalidades, el de la promoción de los sistemas privados y voluntarios de previsión, ha hecho más compleja la tarea de desentrañar las posibles funciones a desarrollar por parte de los mecanismos públicos y privados de protección. Y así, para acometer la labor de analizar la función que en la actualidad cumplen los planes de pensiones se hace necesario el estudio de una serie de aspectos preliminares.

El primero de ellos pone el acento en los aspectos jurídico-políticos e institucionales en los cuáles se inscribe la cuestión del desarrollo y

²⁰ Fundamentalmente, como se comprobará más adelante, las reformas emprendidas en Europa después de los años 90 tienen un denominador común que cabe situar en el marco de la financiación de las pensiones, con los consiguientes efectos en la arquitectura institucional del sistema. Así, casi todos los países de nuestro entorno tratan de limitar los gastos futuros de las pensiones sustentados bajo el método de reparto para, de esta forma, promover dispositivos privados de capitalización (CONCIALDI, P y MATH, A.: “Réforme des retraites et ressources des personnes âgées: quelques enseignements des expériences étrangères”, *Revue de l'IREES*, núm. 41, 2003, pp. 2-3).

potenciación de los planes privados de pensiones. En general, se viene aceptando que la proliferación de estos instrumentos de previsión trae causa de un fenómeno mucho más amplio y demasiado conocido a estas alturas, como es el de la reestructuración de los Estados del bienestar. Y es que pese a que en éstos siempre ha existido una combinación de formas públicas y privadas de protección frente al riesgo, la inseguridad y la necesidad, lo cierto es que hasta los años 70 el Estado es el verdadero protagonista de toda la organización de la política social. Por el contrario, a partir de los 80, y como consecuencia de la nueva fase que emprende el sistema capitalista, el Estado suelta lastre en favor de los mecanismos del mercado. Este adelgazamiento del Estado se traslada también a los sistemas de pensiones, los cuáles como es lógico van a reservar un papel más activo a la iniciativa privada en el otorgamiento de seguridad a los ciudadanos. Por tanto, todo esto conduce a que el Estado del bienestar esté cada vez menos sustentado sobre los derechos de ciudadanía y más sobre derechos de mercantilización, entre los que se inscriben los planes de pensiones. Todo ello trataré de demostrar a lo largo de este primer apartado a través del tratamiento de las siguientes cuestiones fundamentales: en primer lugar, me ocuparé de la crisis de los sistemas públicos de pensiones como fundamento de la expansión de los mecanismos privados de previsión, con un análisis previo de los fundamentos de los sistemas de protección social en el marco del Estado del bienestar y su actual reformulación; y, en segundo lugar, me encargaré de estudiar de forma sucinta el caso español, esto es, la tanta veces nombrada crisis económica y crisis de la Seguridad Social y sus factores o causas.

El segundo de los apartados está dedicado al análisis de nuestro modelo de protección social en su evolución político-normativa, ya que a partir del estudio del mismo será el momento de determinar el papel que los planes de pensiones van a poder desempeñar en dicho ámbito. Para ello, se hace necesario el análisis previo de las notas características de los regímenes públicos de Seguridad Social, en la medida en que dichas notas son los verdaderos límites que acotan un espacio específico reservado a las políticas estatales de previsión. Ahora bien, ello no significa que las mismas resulten inmodificables con el transcurrir del tiempo, más bien al contrario, los desarrollos legislativos del sistema público, mínimo y obligatorio de Seguridad Social inciden en aquéllas y marcan una serie de líneas de tendencia en el sentido de determinar el grado de expansión o retroceso de esas políticas públicas. De ahí que sea conveniente, aunque de manera muy breve, el estudio del proceso de reformas de la Seguridad Social, ya que a partir del mismo podremos conocer con exactitud el espacio vital ocupado en la actualidad por el sistema público en el marco general de la protección social. Pero es que además, este análisis preliminar del proceso reformista del sistema público de protección resulta en todo

punto necesario dado que, como se comprobará, se ha aceptado que entre ambas formas de aseguramiento existe una relación de mutua dependencia, lo que supone también que aquellas reformas terminen incidiendo en el papel a jugar por los mecanismos privados de previsión en el sistema de protección social. Finalmente, y a partir de estos aspectos iniciales, nos ocuparemos del estudio de los planes de pensiones como formas de protección social voluntaria. Para lo cual, se desarrollarán cuestiones tales como la consagración constitucional de la protección social de carácter voluntario; los hitos normativos más importantes referentes al desarrollo en el tiempo de los distintos instrumentos de previsión, con especial mención a los planes; la incidencia del ordenamiento comunitario en dicho desarrollo; las diferencias más notables entre los diferentes mecanismos que integran el género de la protección social voluntaria; y, para concluir, a modo de resumen, la configuración final del modelo legal de la reiterada protección social voluntaria y el papel específico del sistema de planes y fondos de pensiones.

II. LA REFORMULACIÓN DE LOS ESTADOS DEL BIENESTAR: EL NUEVO PROTAGONISMO DEL MERCADO EN LA PROVISIÓN DE SEGURIDAD

Conviene resaltar, de inicio, que nunca la protección social ha sido un campo exclusivo de los mecanismos estatales sino que siempre el individuo, a través de instrumentos de provisión privados, ha intervenido en el proceso de aseguramiento de los riesgos. Precisamente, en el diseño que hacia Beveridge de la Seguridad Social británica ya vislumbraba la idea de la necesaria interacción del Estado y el individuo en la implantación de los sistemas de seguridad social nacionales: “la Seguridad Social debe lograrse mediante la cooperación entre el Estado y los particulares” (...) el Estado al organizar la seguridad económica, “no deberá sofocar el incentivo, la oportunidad y la responsabilidad; al establecer un mínimo nacional debe dejar lugar y debe animar la acción voluntaria de cada particular para darse más que el mínimo, para sí mismo y su familia”²¹. Y así, en la construcción de los sistemas estatales de provisión de bienestar ha estado presente la idea de combinar los mecanismos privados y públicos de satisfacción de las necesidades sociales. De hecho, esa idea de interacción forma parte de la naturaleza estructural de los modernos Estados del bienestar, y hace que cada uno de

²¹ Éste era uno de los tres principios-guía de las recomendaciones de Beveridge para la construcción de un sistema de seguridad social nacional. *Vid.* BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 6.

ellos resuelva de manera distinta la combinación de provisión pública y privada de bienestar²².

Se puede afirmar, por tanto, que durante los siglos XIX y XX existió siempre una combinación de formas privadas y públicas de protección social. Efectivamente, durante la época mencionada las formas tradicionales de aseguramiento de los riesgos –privadas en su mayoría– eran precarias y tenían unos efectos limitados. El esfuerzo de mutualidades, del ahorro familiar, de cajas de socorro mutuo, etc. anticipaban un sistema de seguridad más amplio que iba a permitir corregir las carencias detectadas en los mecanismos hasta ese momento implantados. Y a ello contribuyó la instauración de los modernos sistemas de Seguridad Social nacionales. En fin, la Seguridad Social o los instrumentos estatales de previsión permitían alcanzar “una garantía más amplia, (en cuanto a las personas y en cuanto a los riesgos), y una protección más eficaz, (en cuanto a la técnica empleada), que los procedimientos tradicionales”²³. Precisamente, y pese a que son los Estados los que siguen garantizando una acción protectora básica en las sociedades del capitalismo tardío, podemos seguir encontrando, como fórmula que se repite desde los principios de los tiempos, el de la coexistencia de la provisión pública y privada en materia de pensiones²⁴.

Por ello, y tal y como se tendrá ocasión de comprobar, el campo abierto a las pensiones privadas depende de la cobertura protectora otorgada por los regímenes públicos de Seguridad Social. El retroceso de estos últimos puede implicar, inevitablemente, el avance de los mecanismos privados de protección²⁵. Se plantea, con la figura de los

²² JOHNSON, N.: *El Estado de Bienestar en transición. La teoría y la práctica del pluralismo de bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 37.

²³ DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Traducción y Estudio Preliminar a cargo de José Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 703.

²⁴ Para BORRAJO DACRUZ, las experiencias nacionales europeas han demostrado “que la acción estatal y la acción social, individual y colectiva, se suman entre sí” (“La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El Informe Beveridge en 1985”, *Documentación Laboral*, núm. 15, 1985, p. 12). Se ha podido decir, con razón, que el “welfare state” está constituido por un mosaico de instituciones, de las que tan sólo algunas son públicas [REYNAUD, E. y APROBERTS, L.: “Preface”, en VV. AA. (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives on supplementary pensions: actors and issues*, Wesport (Connecticut), Quorum Books, 1996, p. xi].

²⁵ Según GARCÍA MURCIA, “el espacio de las pensiones privadas vendrá determinado, a la postre, por las posibilidades de desarrollo de los instrumentos de carácter privado y voluntario en la protección de los riesgos sociales. Tales posibilidades están condicionadas, en primer término, por la configuración del ordenamiento jurídico, desde el texto constitucional hasta la normativa básica de seguridad social, pasando por las normas que se ocupan del seguro y de la actividad financiera o por la situación de la negociación colectiva. También se ven afectadas, desde luego, por la actitud de los poderes públicos respecto de su papel en la previsión social y, en particular, sobre las tareas que deben reservarse en todo caso al sistema público de seguridad social y las funciones que, por el contrario, pudieran delegarse en los mecanismos privados. Dependen, en fin, de los incentivos de tipo económico o financiero que se ofrezcan a la iniciativa privada, pues la experiencia demuestra que sólo con ayudas de ese tipo logra alcanzar un nivel apreciable en la protección de los riesgos sociales” [“El espacio de las pensiones privadas”, en VV.

planes y fondos de pensiones, la forma de combinar lo público y lo privado en la protección social de los ciudadanos. Y, en este sentido, con el protagonismo otorgado hoy a los planes se cuestiona también cuál debe ser el papel del Estado en orden a la configuración de los sistemas de pensiones, teniendo en cuenta las transformaciones políticas y económicas acontecidas en los últimos años. Se sitúa, de nuevo, en el centro del debate la propia sostenibilidad del Estado del bienestar del que las pensiones son una característica básica. Así, son el Estado y los instrumentos creados por él para atender el bienestar de los ciudadanos los que dejan de ser viables. Se propone, como corolario, el que debe ser el mercado el que tome protagonismo en la tarea de atender de una manera más eficiente las necesidades sociales de los individuos²⁶.

Por ello, la promoción de los planes y fondos de pensiones, como institución privada de previsión, supone situar el problema de la seguridad frente a los riesgos sociales en una nueva perspectiva: frente a la idea de abordar la satisfacción de las necesidades sociales desde un Estado fuerte y protector se apuesta más porque sean los propios individuos los que asuman la incertidumbre propia de su papel de ciudadano-trabajador en las sociedades desarrolladas. La forma en que se resuelva la transición del “viejo paradigma”²⁷ caracterizado por hacer del Estado la solución viable a los problemas socio-políticos generados por las sociedades capitalistas tardías, entre ellos el de la provisión de bienestar a sus ciudadanos; a uno nuevo, cuyas características están aún por definir, determinará un modelo de protección social. Ese modelo, que algunos países ya han empezado a construir, establecerá el grado de intervención del Estado en orden a atender los riesgos a los que se enfrentan los individuos en las sociedades desarrolladas, y, a la postre, definirá la asunción obligatoria o no de la cobertura por parte de los ciudadanos de ciertas necesidades a través de mecanismos privados.

Así, las antiguas formas de protección, entre ellas el ahorro privado, pueden seguir jugando un papel fundamental en orden a completar las prestaciones dispensadas por el sistema obligatorio y universal de protección pública, especialmente tratando de asegurar una mayor

AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p. 161].

²⁶ En el terreno de las ideas, se puede subrayar, siguiendo a MONEREO PÉREZ, que “el problema radica en comprender que existe una doble crisis de confianza y de efectividad del sistema de la Seguridad Social para hacer frente a los riesgos de las pensiones. Lo que falla es la idea subyacente al Estado social de pretender convertir los contextos de la vida humana en una estructura controlable, elaborable y disponible. En la emergente sociedad del riesgo se producen riesgos y márgenes de riesgo que escapan cada vez más en mayor proporción a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial desarrollada, siendo así que se percibe que los sistemas de protección social fracasan en relación a la seguridad prometida” (*Los planes de pensiones del sistema de empleo: La incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 119-120).

²⁷ Vid., OFFE, C.: *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza, 1990.

correspondencia entre la pensión y las rentas de trabajo²⁸. Y de hecho lo han tenido a lo largo de la historia del Estado Social. Sin embargo, los últimos desarrollos legislativos, en lo que a los instrumentos complementarios y privados se refiere, sitúan a éstos en una relación ambigua y compleja con respecto a los sistemas públicos de seguridad al destruir parte de los cimientos de la estructura que sustentaba antaño las relaciones entre lo público y lo privado en los sistemas de bienestar. Las manifestaciones recientes de la previsión social privada ponen de manifiesto la pretensión de alcanzar, con dichas formas de aseguramiento, un objetivo que va más allá de ofrecer una protección social adicional a la dispensada por el Estado, sino que en ellas se puede vislumbrar un intento de aprovechar “un espacio para una acción social propia, con pretensiones de permanencia”²⁹. Por tanto, ya no se trataría con la promoción de instrumentos privados de previsión, entre ellos los planes y fondos de pensiones, de crear un sistema integrado de formas públicas y privadas de protección, donde cada una de ellas asumiera funciones previamente delimitadas, sino que estaríamos ante un intento de redefinir a través de otros parámetros un sistema de seguridad fundado bajo el modelo de ciudadanía social³⁰.

Pues bien, teniendo en cuenta estos aspectos únicamente esbozados de forma muy breve, resulta en todo punto necesario hacer referencia al modo en que se fue consolidando el derecho a la Seguridad Social como derecho de ciudadanía para comprobar en qué medida se está cuestionando el mismo a través del incentivo de los sistemas privados de pensiones. Por ello, y para comprender adecuadamente este proceso de cambio o de ruptura, resulta obligado referirse con anterioridad a los pilares esenciales de los sistemas de protección social en el marco de los Estados del bienestar, para luego analizar la crisis de los mismos como consecuencia de las políticas reformistas adoptadas con el advenimiento de una nueva fase en el sistema económico del capitalismo. De forma más específica, se insistirá en la reestructuración de los sistemas de pensiones a partir de la

²⁸ Como explica RODRÍGUEZ-PIÑERO, “al lado de la pensión standard del régimen público general se abre la posibilidad de fórmulas integradoras flexibles que permitan acercarse a ese óptimo de cobertura de aproximación o equivalencia entre la renta laboral anterior y la cuantía efectiva de las pensiones” (“Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1988, p. 6).

²⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1970, p. 16.

³⁰ La noción de ciudadanía social fue acuñada por MARSHALL, T.H., *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge, 1950, el cual entendía que la ciudadanía se correspondía con tres tipos de derechos: los derechos civiles asociados al principio de libertad, los derechos políticos vinculados al principio de participación y, finalmente, los derechos sociales que permiten hacer realidad el principio de igualdad. De este modo, para el autor inglés, la extensión de los derechos sociales, una vez reconocidos los derechos civiles y políticos, permite dotar de contenido real a la democracia política, en el sentido de que con el núcleo de los derechos sociales quedan atribuidas a los ciudadanos una serie de situaciones subjetivas activas garantizadas por el ordenamiento jurídico (MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y Clase Social*, Madrid, Alianza, 1998).

revisión de los fundamentos de los modelos de protección social de los nuevos Estados del bienestar en construcción a partir de los años 70 y ampliamente en el proceso revisionista que nuestro país comienza a adoptar como consecuencia de la tanta veces nombrada crisis de la Seguridad Social española.

1. La consolidación de los sistemas de protección social en el marco de los Estados de bienestar

Parece aceptarse en la actualidad que el afianzamiento del Estado como agente protector de los ciudadanos frente a los riesgos sociales se hace patente con la instauración del sistema de producción capitalista. En efecto, la evolución del capitalismo, sobre todo tras la revolución industrial y el desarrollo de la producción fabril, va a exigir la intervención racionalizadora del Estado, fundamentalmente con la idea de alcanzar un doble objetivo: por un lado, crear y recrear constantemente las condiciones económicas, sociales y políticas adecuadas para la acumulación de capital y, por otro, apaciguar los conflictos de clase latentes causados por ese desarrollo capitalista³¹. Si al principio, las normas de protección social elaboradas por el Estado son tímidas y de alcance limitado, más tarde se hace necesario ahondar en la reforma social al radicalizarse el conflicto entre capital y trabajo. Téngase en cuenta que esta lógica intervencionista por parte del Estado se hace acuciante, puesto que el capitalismo tuvo un efecto desestabilizador en los modos de aseguramiento de los individuos frente a los riesgos. Los instrumentos tradicionales de hacer frente a la incertidumbre se ven afectados por la consolidación de un sistema económico que obliga a los trabajadores a desplazarse y a romper, de esta forma, con el vínculo familiar y el de la comunidad³². Estos cambios económicos y sociales terminaron por afectar a las relaciones entre los individuos y el Estado en lo que a la protección social de los primeros se refiere. Si con el Estado protector o liberal la previsión contra los riesgos

³¹ DURÁN LÓPEZ, F.: “Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996, p. 551.

³² De acuerdo con MUÑOZ de BUSTILLO, y recogiendo las ideas de HOBBSBAWN, “el trabajador pobre vio como la revolución industrial destruía su mundo y forma de vida tradicional sin ofrecerle nada a cambio. Las sociedades precapitalistas se apoyaban en la familia –entendida de forma extensiva- y en la comunidad, para garantizar la subsistencia de sus miembros. La ruptura de las relaciones familiares y comunales –acelerada por el proceso de urbanización- que acompaña al desarrollo del mercado va a reducir progresivamente la eficiencia de este sistema en la consecución del objetivo de seguridad, entrando en conflicto la economía moral del pasado y la racionalidad económica del presente capitalista. Por otro lado, el propio proceso de crecimiento, basado en la especialización, se convierte en una fuente de generación de inseguridad entre los trabajadores, en cuanto que éstos pasan a depender exclusivamente de decisiones tomadas al margen de ellos como individuos y sin tener en cuenta sus intereses. De esta forma la ruptura de los mecanismos tradicionales de defensa contra la incertidumbre, junto con la especialización, como fuente de inseguridad, va a generar demandas de seguridad por parte de los trabajadores. Demandas que serán atendidas por el sector público, liberando así de su cumplimiento a las empresas y mejorando el clima social de forma simultánea” (“Introducción: Economía de mercado y Estado de Bienestar”, en VV. AA.: *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1993, p. 27).

de pérdida de renta correspondía al individuo –era él quien debía ser precavido en orden a no caer en la indigencia- con las primeras reformas sociales se pone de manifiesto que de la atención de la pobreza era responsable la sociedad³³. Como se ve, el trayecto de la seguridad contra los riesgos va del individuo –con los medios de socialización que le son propios, (comunidad, familia, Iglesia...)- al Estado, quién asume un papel fundamental en orden a atender las necesidades sociales de sus ciudadanos³⁴.

Pero aparte del desarrollo del sistema de producción capitalista como elemento objetivo que coadyuvó al desarrollo de los sistemas estatales de bienestar, lo cierto es que también se han podido citar otro tipo de factores esenciales para la consolidación de aquéllos. En concreto, se han apuntado otros tres grandes procesos históricos necesarios para el arraigo de la intervención estatal en la protección social: de un lado, la propia construcción de los Estados nacionales, organizados de forma burocrática, que permitió el desarrollo de los sistemas de pensiones y de políticas sociales; de otro, la sustitución de la Iglesia, como institución de caridad y asistencia, por los mecanismos de provisión de bienestar estatales; y, por último, la generalización de los derechos democráticos como un proceso de democratización y de triunfo de los derechos cívicos y de carácter social³⁵. Todo ello supone poner de relieve que los sistemas de pensiones y de protección social han ido evolucionando a la par que el Estado asume un mayor protagonismo en la provisión de seguridad frente a los riesgos. Parece pues acertado pensar que el devenir de ese modelo de Estado más intervencionista ha influido, inevitablemente, en los sistemas de seguridad adoptados. Así, la consolidación de un conjunto de políticas sociales estatales donde la iniciativa privada iba a tener un carácter residual exigía de un proceso de transformación del Estado. Los cambios económicos surgidos del capitalismo contribuyeron a que éste, como ya se ha comentado, adoptara un papel más activo en el sistema de relaciones sociales y económicas.

Pero, es más, este proceso intervencionista se hace más acusado con el capitalismo avanzado ya que el modelo de Estado protagonista de la política social se hace necesario a este sistema de producción³⁶. El modo de

³³ Como explica RUBIO LARA, “las seguridades contra los riesgos que amenazaban al trabajador comenzó a considerarse como una obligación colectiva, lo que supuso que el Estado asumiese nuevas responsabilidades” (*La formación del Estado Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, p. 230).

³⁴ En definitiva, se produce el paso del Estado protector al Estado providencia que tan brillantemente ha descrito ROSANVALLON, P. en: *La crisis del Estado providencia*, Madrid, Civitas, 1995.

³⁵ THEBORN, G.: “Los retos del Estado de Bienestar: la contrarrevolución que fracasa, las causas de su enfermedad y la economía política de las presiones del cambio”, en VV. AA.: *Crisis y futuro del Estado...*, *op cit.*, pp. 97-98.

³⁶ Como ha indicado OCHANDO CLARAMUNT este modelo de Estado “es funcional con el capitalismo avanzado y con el modo de producción fordista, basado en un capitalismo tardío de grandes empresas o corporaciones industriales, producción en gran escala (necesitada de amplios y estables mercados para ser

producción capitalista exigía del Estado la adopción de un papel activo en el proceso de liberar de trabas a las empresas para favorecer el proceso de acumulación de capital y estimular así el crecimiento económico y la asunción de una serie de gastos que permitiera el mantenimiento y la reproducción de la fuerza de trabajo³⁷. En ese sentido, los sistemas estatales de provisión de bienestar eran un factor de expansión del proceso descrito en la medida que el Estado asumía la cobertura de un menú amplio de necesidades sociales, siendo esto un factor clave de crecimiento de la actividad económica. Esto resulta patente tras la segunda guerra mundial, ya que el fuerte crecimiento del gasto social favorece la definitiva consolidación de lo que hoy se conoce como Estado del bienestar³⁸. A dicho proceso contribuyen otros tantos factores que marcan la edad dorada de este modelo de Estado: un crecimiento económico sostenido y un fuerte aumento de la productividad; el compromiso del pleno empleo, junto con la institucionalización de la negociación colectiva; y la consolidación de una cultura política favorable a la oferta estatal de servicios colectivos y prestaciones sociales³⁹.

Por lo demás, se trata un modelo de Estado que se va a sustentar sobre un pacto social de tipo político (pacto social keynesiano) por el que la clase trabajadora renunciaba a cuestionar el sistema económico vigente a cambio de tener un mayor poder de negociación en las condiciones de trabajo y que el Estado interviniera en la redistribución de la renta. De ese compromiso político se iba a deducir que los sistemas estatales de pensiones y las políticas públicas de bienestar debían de contribuir a extender los derechos sociales entre la ciudadanía. Por tanto, el Estado del bienestar era entendido sobre la base de la extensión de los derechos de ciudadanía en lo civil, en lo político y, principalmente, en lo social. La institucionalización de los derechos sociales, teniendo como objetivo la igualdad, dotaba a la democracia de un contenido material que antes no tenía⁴⁰.

Ahora bien, siendo indudable que el Estado del bienestar nace de la confluencia de una serie de aspectos en lo histórico, en lo político y en lo

eficiente) y sindicatos con fuerte poder contractual en el mercado de trabajo. Esta situación necesita de la continua intervención del Estado para la regulación de la demanda agregada, la estabilización de los ciclos económicos, la reproducción de la mano de obra, la socialización de gran parte de los costes privados y el arbitraje del conflicto social para mantener la paz social” (*El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1.ª ed., 1999, p. 35).

³⁷ A esas alturas de la historia económica ya parecía suficientemente acreditado el mito de los “mercados autorregulados” propugnado por la economía neoclásica. De ello dio buena cuenta POLANY, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, La Piqueta, 1989.

³⁸ Vid. VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 2006, pp. 28-30.

³⁹ RODRÍGUEZ CABRERO, G.: “Fundamentos teóricos de la política social”, en (Moreno, L. y Pérez, M. comps.): *Política social y Estado del bienestar*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992.

⁴⁰ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Comité Económico y Social, 1996.

económico, no es menos cierto que las manifestaciones concretas de estos factores en cada uno de los países en que aquél se afianzó fueron distintas, lo que contribuyó a configurar diferentes modelos de Estados sociales⁴¹. En lo que se refiere a las pensiones, los modelos de protección asociados a las diferentes formas de Estados del bienestar dieron lugar a una tipología que tenía como denominador común la combinación de políticas públicas y privadas de bienestar. Es decir, la protección social proporcionada por cada uno de los Estados se diferenciaba en cuanto al grado de institucionalización de los derechos sociales y en cuanto al papel que tenía el Estado y la iniciativa privada en el desarrollo de esos derechos y, además, en qué tipo de relaciones se establecían entre uno y otro. Y así, se han apuntado diferentes modelos de Estado del bienestar que darían lugar a sistemas de pensiones distintos en los países desarrollados: desde aquél que distingue entre un modelo liberal, corporatista y socialdemócrata⁴²; a aquél otro que únicamente se refiere a dos tipos, el pluralista y el corporatista o integrado⁴³, hasta aquél más amplio en el que se diferencian cuatro

⁴¹ Como señala ASHFORD, “no ha existido nunca un momento histórico privilegiado en el que los líderes se reunieran en torno a una mesa y se dijeran unos a otros que iban a idear el “Estado de bienestar” (*La aparición de los Estados de Bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 16).

⁴² Vid. ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Valencia, Alfons el Magnánim, 1993. A partir de la clasificación de Esping-Andersen, el profesor MONEREO PÉREZ ha elaborado una tipología aproximativa de los sistemas de pensiones existentes en los países desarrollados. Y así, en primer lugar, se podría hablar de los sistemas de seguros corporativistas, o del Estado del bienestar corporatista (Francia, Alemania, Austria y Japón) en los que el Estado asume un protagonismo esencial en la provisión de bienestar. Sin embargo, las políticas públicas se encuentran organizadas en base a la estructura ocupacional con lo que los derechos de prestaciones y servicios públicos se otorgan atendiendo exclusivamente al status social ostentado dentro del sistema. Estaríamos ante un sistema fuertemente contributivo en su financiación y en la concesión de prestaciones, por lo que el Estado tendría un escaso impacto redistributivo. Una consecuencia interesante de este modelo es que la iniciativa privada tiene un papel residual en la provisión de pensiones, asumiendo, sin embargo, una gran cantidad de servicios de corte asistencialista. De ahí que la familia, la Iglesia y otras instituciones tengan una función importante en orden a mantener mecanismos tradicionales de bienestar. Este modelo de protección social correspondería a países con sistemas políticos conservadores. En segundo lugar, se distinguirían los sistemas residualistas, o del Estado liberal, (Estados Unidos, Canadá, Australia y Suiza), donde el Estado ostenta un papel secundario en las políticas de bienestar dedicándose a asistir a los más necesitados y a aprobar planes de subsidios modestos. Es en el mercado donde se encuentran los principales cauces para acceder a una pensión de jubilación o de invalidez. La desmercantilización de los derechos sociales es mínima, de manera que las clases bajas tienen derecho a un mínimo de asistencia pública y las clases altas acceden a prestaciones y servicios privados. Finalmente, nos podríamos referir a los sistemas de corte universalista, o socialdemócratas, (Suecia, Noruega y Dinamarca), caracterizados por un efecto desmercantilizador de los derechos sociales, donde el Estado provee de prestaciones suficientes a toda la población. Por tanto, este sistema tiene como objetivo primordial el que el individuo se libere de su dependencia del mercado y de la familia en lo que a su seguridad se refiere. Las instituciones privadas de previsión son residuales y tienen un carácter meramente complementario de las políticas públicas de bienestar. Estamos ante un sistema solidario, universalista y que se caracteriza por tener como objetivo la igualdad social (*Público y privado...*, *op. cit.*, pp. 14-15).

⁴³ Vid. MISHRA, R.: *El Estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992. Para este autor, el primero de los modelos apuntados, en el ámbito de la política social, se caracteriza por separar ésta de la política económica y por no existir un consenso generalizado sobre los objetivos a conseguir. De esta forma, el Estado pluralista diseñaría los instrumentos de la provisión sin tener en cuenta las relaciones recíprocas entre la economía y lo social. Así, la protección social sería fruto de una política caracterizada por un pluralismo de grupos de interés, ya que sería el resultado del tira y afloja entre grupos sectoriales que no ejercen su poder con sentido de la

modelos, intervencionistas fuertes, compensatorios blandos, orientados al pleno empleo con escasa política de bienestar y los orientados al mercado con también escasa política de bienestar⁴⁴. En cualquier caso, cabe decir que se trata de modelos teóricos que en la práctica no se dan estado puro y que, incluso, en la actualidad parecen estar superados⁴⁵.

Llegados a este punto se puede decir que los sistemas nacionales de seguridad o la Seguridad Social, en sus diferentes modelos, alcanzaron su máximo desarrollo después de la postguerra. Su evolución hasta los años 70 nos muestra que continuó perfeccionándose en la medida en que fue ampliando el conjunto de personas protegidas e intensificando sus prestaciones. A partir de los años 50 se consolida la idea de un Estado fuerte que asuma el bienestar de los ciudadanos⁴⁶. Las políticas públicas de bienestar se fueron convirtiendo, en la práctica, en la materialización de un ideal de igualdad, de manera que a través de ella se podían corregir las desigualdades sociales⁴⁷. Se fue reconociendo en la Seguridad Social el instrumento valioso para proteger a los más necesitados. Al mismo tiempo se fue asentando la idea de que el derecho a la protección social debía ser considerado como un derecho del hombre y de la humanidad⁴⁸. Los Estados

responsabilidad social. El segundo modelo se presenta como un modelo post-keynesiano, en el sentido de superar las carencias del modelo de bienestar de postguerra. La política económica y la política social están íntimamente relacionadas y, por lo tanto, debidamente coordinadas. No son aspectos opuestos sino que ambos presentan una mutua interdependencia. En este sentido, el bienestar social no es un área desligada de la economía, de manera que se reconoce y se institucionaliza su interrelación. En el diseño de las políticas se atiende a un pluralismo centralizado, ya que este modelo se basa en la interacción de los grupos de presión fuertemente organizados que participan en el proceso de toma de decisiones auspiciado por el Estado. Así, bajo la atenta mirada del Estado que vigila la incorporación de la lógica de la responsabilidad colectiva en el proceso de negociación los grupos tratan de alcanzar un acuerdo sobre los principales objetivos de la política económica general.

⁴⁴ THEBORN, G.: “Los retos del Estado de Bienestar: la contrarrevolución...”, *op. cit.*, p. 86. Para este autor, el criterio diferenciador de los modelos de protección social estriba en la combinación que hacen los países desarrollados de las políticas de bienestar y las medidas de orientación hacia el pleno empleo (*Ibidem*, p. 86).

⁴⁵ *Vid.*, al respecto, la revisión realizada por Esping-Andersen de los tres mundos del capitalismo de bienestar en su obra *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 101-127.

⁴⁶ MISHRA, R.: *El Estado de bienestar en crisis...*, *op. cit.*, p. 28. Como indica este autor, “se puede decir que, en aquella época, existía un acuerdo social que aparentemente generaba pocos costes y muchos beneficios, entre los que se incluían el mantenimiento de la estabilidad social y el desarrollo de un sentimiento de solidaridad y comunidad nacional. No es sorprendente, pues, que el consenso sobre política social estuviera muy extendido” (*Ibidem*, p. 28).

⁴⁷ Ello, sin embargo, no dio lugar a una estricta igualdad de las condiciones sociales. Como ha indicado CASTEL “la sociedad salarial sigue estando fuertemente diferenciada, y para decirlo sin eufemismos, es fuertemente desigualitaria. Pero al mismo tiempo fuertemente protectora. De modo que entre la parte inferior y la parte superior de la escala de la jerarquía de los salarios, las diferencias de ingresos son considerables. Sin embargo, las diferentes categorías sociales se benefician de los mismos derechos protectores, derecho laboral y protección social” (*La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires, Manantial, 2004, p. 45).

⁴⁸ PAOLO, R.: “Reflexiones críticas sobre los Principios e instrumentos del Estado de bienestar con referencias al caso italiano”, en VV. AA.: *Crisis y futuro del Estado...*, *op. cit.*, pp. 125-126. Incide este autor en la idea de solidaridad presente en la consolidación del Estado de bienestar y añade a ese consenso de postguerra “la difusión de la Teoría Keynesiana y de las ideas de Beveridge en cuanto al paro y a la seguridad social que contribuyeron a consolidar la idea de que los problemas de las desigualdades

Europeos fueron adoptando una forma de organización institucional basada en el compromiso público del pleno empleo, en la adopción de medidas de redistribución de la renta y en la existencia de un programa de servicios estatales de atención a los más desfavorecidos. Y así, se fue asumiendo por los modernos Estados del bienestar una serie de objetivos –la seguridad de los ciudadanos frente a los riesgos, la redistribución de la renta y las transferencias a los más necesitados– que continuaron siéndolo hasta la crisis de finales de los años 60. De los objetivos citados, la garantía de un mínimo vital a todos los ciudadanos permitió consolidar un conjunto de instituciones y recursos públicos que tendían a protegerlos de determinadas contingencias proporcionándoles una serie de prestaciones económicas. Se tendió a crear un sistema perfeccionado de seguridad que consiguió proteger a la población frente a determinadas situaciones de necesidad. Se fue incrementando la financiación del sistema y la suficiencia de la cuantía de las prestaciones. Los excluidos del sistema se fueron integrando a través de subsidios y prestaciones no contributivas y la creación de servicios sociales específicos.

Bajo estas condiciones, en la que se procedía a la acumulación de capital al mismo tiempo que se luchaba contra el desempleo, se favorecía la provisión universalizada de bienes públicos y se garantizaba un nivel de vida mínimo para los ciudadanos, no cabe duda de que la sociedad del bienestar iba a gozar de una elevada legitimación⁴⁹, si además se añadía la posibilidad de garantizar el consumo masivo a través del salario⁵⁰. Junto a ello, elevadas cotas de crecimiento económico contribuyeron decisivamente a afianzar un clima social de aceptación colectiva del sistema⁵¹. Durante un período bastante largo con la fórmula del capitalismo de bienestar se logró solucionar el problema de la incompatibilidad entre la satisfacción de las necesidades de acumulación y las de legitimación⁵².

Sin embargo, desde el final de los 60 se empiezan advertir señales de agotamiento en la fórmula institucional del Estado del bienestar. Así, circunstancias como el final del crecimiento económico, la inflación, la crisis fiscal y la existencia de desempleo masivo empiezan a hacer evidentes las limitaciones de aquél y sus contradicciones internas⁵³. La política social se convierte en una pesada carga para el Estado, lo que

económicas y sociales se estaban acercando a su solución gracias al proceso de crecimiento económico y a los programas de redistribución de la renta” (*Ibidem*, p. 126).

⁴⁹ TORRES LÓPEZ, J.: *Desigualdad y crisis económica. El reparto de la tarta*, Madrid, Sistema, 2.ª ed., 2000, p. 23.

⁵⁰ Lo que AGLIETTA vino a denominar la “norma social de consumo obrero” (*Regulación y crisis del capitalismo. La experiencia de Estados Unidos*, Madrid, Siglo XXI, 1979).

⁵¹ Como principal fórmula pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas en los términos de OFFE, C.: *Contradicciones en el Estado...*, *op. cit.*, p. 135.

⁵² RODRÍGUEZ GUERRA, J.: *Capitalismo flexible y Estado de Bienestar*, Granada, Comares, 2001, p. 48.

⁵³ PICÓ, J.: *Teorías sobre el Estado del Bienestar*, Madrid, Siglo XXI, 1987, p. 3.

favorece que desde diferentes sectores se postule la reforma de los sistemas públicos de pensiones, o cuando no el desmantelamiento de los mismos. Se aboga por dar una respuesta a la crisis económica adoptando un conjunto de políticas de ajuste basadas en el control de los salarios, en la flexibilización de las relaciones laborales y, junto a ello, en el establecimiento de condiciones generales más favorables para incrementar la tasa de acumulación de capital y favorecer una internacionalización de la economía⁵⁴. Ello conlleva inevitablemente un cambio de signo en la política intervencionista del Estado que lejos de recuperar el equilibrio armónico entre las condiciones de acumulación del capital y el mantenimiento de la paz social proporcionando un nivel mínimo de seguridad vital a todos los ciudadanos, se decanta por hacer suyas las recetas de determinados organismos económicos internacionales que propugnan el retroceso de aquél en favor de los mecanismos del mercado⁵⁵. En general, se defiende que la obtención de recursos para facilitar la recuperación del beneficio privado debe provenir, “por un lado, de los salarios, después, y una vez exprimida la fuente salarial, del gasto social en general y, por último, directamente de los fondos públicos para pensiones”⁵⁶. En definitiva, esta opción reestructuradora de los sistemas de pensiones públicos que nace sobre la base de los postulados reformistas del Estado Social va acompañada de un mayor protagonismo de los instrumentos privados de la previsión. Es sobre la base de la crisis de la Seguridad Social sobre la que se asienta el fomento de la previsión social voluntaria de corte privatista. Por ello se hace necesario identificar los elementos causales de la quiebra de los modelos tradicionales de protección basados en sistemas públicos netamente garantistas al objeto de explicar los nuevos espacios de intervención dejados al mercado.

2. La crisis de los sistemas públicos de pensiones como fundamento de la expansión de los mecanismos privados de previsión

Antes de abordar las causas de las crisis de los sistemas públicos de pensiones, señaladamente las referidas a nuestro país, conviene poner de manifiesto un aspecto que hoy parece incuestionable. Y es que resulta bastante aceptado en la actualidad que los fenómenos de crisis que afectan

⁵⁴ TORRES LÓPEZ, J.: “Estado de Bienestar y Sistemas Públicos de Pensiones: las razones de las crisis”, en VV. AA. (Ochando, C.; Salvador, C. y Tortosa, M.^a A. eds.): *El sistema público de pensiones: presente y futuro*, Alzira, Germania, 1997, p. 62.

⁵⁵ En realidad, como ya indicara CAPELLA, estaríamos ante el consabido defecto de construcción de las sociedades capitalistas. Y es que dicha sociedad “genera un proceso de democratización real que no puede consumarse. El impulso del proceso de democratización queda frenado para establecer la prioridad del componente social autoritario acorde con las pulsiones económicas” (*Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 3.^a ed., 2005, p. 88).

⁵⁶ *Vid.*, TORRES LÓPEZ, J.: “La estrategia de reforma del sistema público de pensiones: el penúltimo botín” en VV. AA. (Torres López, J. coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 145.

a las sociedades de bienestar son consustanciales a su naturaleza contradictoria. Tal y como se recordará, el Estado debe intentar mantener o crear condiciones en las cuales sea posible la acumulación rentable de capital y también favorecer la armonía social. Por tanto, existe en las sociedades de bienestar un proceso contradictorio entre la acumulación de capital y los gastos sociales⁵⁷. Así, los Estados del bienestar siempre tienen que resolver, como lugar de mediación que son, los conflictos que se produzcan en las tres funciones que tienen encomendadas: de acumulación, de reproducción y de legitimación. El Estado se ve abocado a una inevitable tensión al cumplir esas funciones, ya que el instrumentar medidas que favorezcan la acumulación de capital conlleva, normalmente, un déficit de legitimación social. Ahora bien, dicho esto habría que dejar claro que de esas tendencias hacia la crisis de esta fórmula de organización social que es el Estado del bienestar en modo alguno se deduce que haya podido estar en juego su existencia. Se considera, en este sentido, que el Estado del bienestar es un fenómeno estructural y universal que caracteriza a todas las sociedades modernas⁵⁸. No es, por tanto, una forma accidental de organización del Estado, sólo se modificará estructuralmente cuando lo haga el propio capitalismo avanzado⁵⁹.

Sirvan estas argumentaciones para enmarcar la crisis de la Seguridad Social o de los sistemas públicos de pensiones en ese proceso constante y permanente, estructural a la naturaleza de los modernos Estados del bienestar, de reorientación de la intervención estatal en las condiciones que el capitalismo ha ido marcando. De esta forma, las políticas reformadoras de las pensiones, como un elemento más de las sociedades del bienestar, deben adecuarse en cada momento a las necesidades actuales de acumulación de capital y de legitimación social. Prueba de ello es que la idea de reforma ha sido una constante presente en el devenir de los sistemas de Seguridad Social, con ellas se ha favorecido su expansión, consolidación o retroceso⁶⁰ en función de los imperativos económicos y las necesidades

⁵⁷ Tal y como indicó O'CONNOR "un Estado capitalista que empleara abiertamente sus fuerzas coercitivas para ayudar a una clase a acumular capital a expensas de otras clases perdería su legitimidad y socavaría por tanto el fundamento de la lealtad y el apoyo de que gozara. Pero un Estado que ignorara la necesidad de favorecer el proceso de acumulación de capital se arriesgaría a agotar la fuente de su propio poder: la capacidad de la economía de generar excedentes y los impuestos sobre este excedente (sobre otras formas de capital)" (*La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, Península, 1981, p. 26).

⁵⁸ OCHANDO CLARAMUNT, C.: *El Estado del...*, op. cit., p. 48.

⁵⁹ RODRÍGUEZ GUERRA, J.: *Capitalismo flexible...*, op. cit., p. 9.

⁶⁰ La relación entre Seguridad Social y crisis es ya un tópico que se refleja en los continuos cambios normativos de las políticas públicas de bienestar y, como consecuencia de los mismos, se puede apreciar su carácter inacabado, siempre necesitado de retoques, adaptaciones y perfeccionamiento, y que ha permitido hablar de una inestabilidad sustancial de la Seguridad Social. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La Seguridad Social ante la crisis económica", *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, p. 139. De ahí que estemos de acuerdo con APARICIO TOVAR en que las reformas del sistema público de pensiones "no tienen nada de dramático, ni tienen porque necesariamente implicar una crisis degenerativa, sino que por el contrario son expresión de una característica interna del Sistema"

sociales del momento⁶¹. Por tanto, todo intento por dar una explicación al fenómeno de la reformulación de los sistemas nacionales de Seguridad Social debe enmarcarse en su elemento más profundo cuál es el de la reorientación de las sociedades del bienestar como consecuencia de las transformaciones estructurales en los ámbitos político y económico del capitalismo de postguerra⁶². Con estas mutaciones no se impone un desmantelamiento del Estado, pero sí un nuevo modelo de intervención estatal que favorezca el proceso de acumulación de capital y de mantenimiento y expansión de las condiciones de mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede comprender mejor el hecho de que todos los postulados de reforma de las políticas públicas de bienestar se basen fundamentalmente en criterios de racionalidad económica⁶³. Las nuevas condiciones que se imponen con el advenimiento de la crisis de la acumulación postbélica se trasladan a los sistemas de pensiones. De hecho, con independencia de la nueva situación creada a partir de los años 70, la Seguridad Social, como sistema amplio de protección, manifiesta, como es natural, una especial vinculación con el sistema económico de un país. De ahí que podamos destacar, en primer lugar, la relación de mutua influencia que cabe establecer entre ambos conceptos, dado que es sobre la base de determinadas condiciones económicas sobre las que asienta el modelo de financiación de los sistemas públicos de pensiones. De esta forma, la situación de crisis económica de un país o del contexto internacional en el que se desenvuelve afectará inevitablemente al equilibrio financiero de la Seguridad Social. Al mismo tiempo, la situación de crisis incrementa las necesidades sociales como consecuencia de las mayores demandas de protección como respuesta a los costes sociales generados por la recesión y la inflación asociados a los períodos de crisis⁶⁴. Se puede dejar sentado, entonces, la dependencia de ambas magnitudes –economía y Seguridad Social–, lo que a la postre supone una relación conflictiva y contradictoria de competencia/rivalidad entre las necesidades de la economía y de la Seguridad Social⁶⁵.

(“La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002, p. 20).

⁶¹ En el caso español, hasta los años 80 tenía un sentido expansivo (VIDA SORIA, J.: “La Reforma de la Seguridad Social en España”, en VV. AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 244).

⁶² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 29.

⁶³ Como se ha indicado, toda la crisis de la Seguridad Social “proviene de su financiación (...)” (VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de...*, *op. cit.*, p. 34).

⁶⁴ CRUZ ROCHE, I.; DESDENTADO BONETE, A. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Política social y crisis económica. Aproximación a la experiencia española*, Madrid, Siglo XXI, 1985, p. 107.

⁶⁵ Se ha puesto de manifiesto que la crisis económica al concretarse en una debilidad productiva, incrementa el coste de oportunidad de los sistemas públicos de bienestar, “porque todo aumento de sus prestaciones comporta una disponibilidad menor de fondos para afrontar las grandes partidas de atención prioritaria y poder enfrentarse a la crisis: las inversiones y la exportación”. *Cfr.* FUENTES QUINTANA, E.; BAREA TEJEIRO, J.; GONZALO GONZÁLEZ, B. y GARCIA DE BLAS, A.: “Estrategia para un

Una vez se ha dejado claro que en la crisis de las sociedades del bienestar lo que anida es un intento de reformulación del papel del Estado en la política social y que ésta se ve modificada necesariamente a partir de las nuevas condiciones que se exigen con la nueva etapa del capitalismo, no es de extrañar que uno de los elementos más importantes de esta reestructuración sean las pensiones públicas. Los primeros cambios que se anuncian con respecto a la construcción de un nuevo modelo de Estado del bienestar acorde con los nuevos tiempos tiene como protagonista a los sistemas de protección social, una pesada carga que los poderes públicos no pueden seguir asumiendo en una etapa de escaso o nulo crecimiento económico. De ahí que las críticas a los modelos de protección social, entre ellos también el español, centren su atención en la idea de la insostenibilidad a largo plazo de un régimen público de Seguridad Social fuerte y generoso en sus prestaciones⁶⁶. El crecimiento económico sobre el que se asentaban estos sistemas desapareció hasta el punto de darse situaciones de desempleo masivo e inflación. El problema de la crisis económica también afectó a España⁶⁷ y de una manera creciente debido a la imperfección del sistema⁶⁸. Esta situación crítica que viene motivada por la coyuntura económica de crisis en que se sitúan las economías occidentales en los años 70 iba a tener que afectar a los sistemas públicos de bienestar de los estados europeos⁶⁹.

tratamiento de los problemas de la Seguridad Social española”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, p. 25.

⁶⁶ MILLÁN PEREIRA, J. L.: “La “crisis financiera” de las pensiones públicas: la rebelión de los argumentos” en VV. AA. (Torres López, J. coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 80. Para este autor, desde los años ochenta “venimos asistiendo a un desplazamiento de los razonamientos hacia posiciones financieras (de equilibrio financiero, para ser más precisos) de modo que lo que ahora se discute básicamente es la sostenibilidad futura de la Seguridad Social; si el sistema dispondrá de recursos suficientes para atender sus obligaciones. En todo este discurso, las pensiones ocupan un lugar preferente dada su considerable magnitud y el previsible envejecimiento de la población a lo largo de los últimos años” (*Ibidem*, p. 80).

⁶⁷ Los efectos de la crisis se trasladan a nuestro país con cierto retraso, produciéndose una perceptible desaceleración en la evolución de la actividad económica a partir de 1974. En todo caso, es en 1977 cuando se agrava la situación con un nuevo encarecimiento de los precios del petróleo, lo que da lugar a un estancamiento económico al final de la década, situación que permanecerá inalterada en los primeros años ochenta (VV. AA.: *La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 13).

⁶⁸ En realidad, “el sistema español de Seguridad Social no había culminado el proceso de expansión necesario para hacer frente, con un mínimo de dignidad, a las diferentes situaciones de necesidad protegidas (sectores de la población que aún están al margen de la Seguridad Social y que, precisamente en virtud de la crisis económica, presionan para su incorporación al ámbito subjetivo de protección); grado de cobertura de las prestaciones por desempleo, que deja al margen de la misma a gran número de personas carentes de empleo y consiguientemente de ingresos necesarios para la subsistencia; nivel de pensiones de jubilación, solo recientemente garantizadas en un mínimo de subsistencia que sigue estando por debajo del salario mínimo interprofesional; extensión y calidad de la asistencia sanitaria; o cuantía todavía insuficiente de las prestaciones familiares o de las pensiones no contributivas” (ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 4.^a ed., 1991, pp. 105-106).

⁶⁹ Crisis económica que se manifiesta fundamentalmente en la caída del crecimiento del PIB, la multiplicación del desempleo y la inflación, todo ello como consecuencia de la subida del precio del

A partir de esta crisis situada en el horizonte temporal de final de los ochenta se produce un intenso debate sobre el futuro de las pensiones en España, que se vincula de modo especial con la capacidad financiera de la Seguridad Social para hacer frente a los gastos de las futuras pensiones públicas. Se trata de una discusión, la de la financiación de la misma, que se termina por instalar de una manera permanente en los foros doctrinales, económicos y sociales, lo que obligaría a los sistemas públicos a emprender una política de reorganización continua de sus estructuras en un proceso de reforma de la Seguridad Social que termina por convertirse en un elemento mismo del sistema. Precisamente, es ese contexto de reajuste permanente del sistema de protección social el que permite explicar el protagonismo inusitado de los planes de pensiones, dado que, como se verá, en cada intento de reorganización del sistema se ve en las pensiones privadas una solución fácil a las dificultades de financiación de las pensiones públicas. Precisamente, los intentos de reordenación del sistema de protección social, se asocian, como ya ha quedado dicho, a los períodos de crisis de la Seguridad Social española, que no son otra cosa que una crisis financiera cuyos argumentos definitivos se sitúan en una discrepancia insostenible entre el aumento de los gastos y la disminución de los ingresos. Se trata de una razón, la del equilibrio financiero, que se repite en toda tentativa reformadora del sistema público de la Seguridad Social⁷⁰.

2.1. Los factores o causas de la permanente crisis de la Seguridad Social española

Como se sabe la financiación de la Seguridad Social española se asienta sobre un sistema de reparto que consiste en que los pagos impositivos o contribuciones que realiza la población activa en un período determinado se destinan a sufragar las pensiones de los jubilados existentes en ese momento⁷¹. Esto supone que lo recaudado en cada año se destina de forma automática al pago de las pensiones de los beneficiarios de la misma,

petróleo a partir de 1973 (GONZÁLEZ RABANAL, M.^a de la C.: “La crisis de la Seguridad Social en el marco de la Constitución”, *Revista de Política Social*, núm. 148, 1985, p. 73).

⁷⁰ Como indica GETE CASTRILLO “será la razón económica, que no la proporcional, la que inspira persistentemente todo proceso reformador, desde que, a mediados de los setenta, se apreciara la necesidad de reforma de la Seguridad Social, en el contexto de los famosos Pactos de la Moncloa” (“La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la reforma interminable del sistema de la Seguridad Social”, en VV. AA.: *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 1997, p. 411). En realidad, y de modo general para los países industrializados, se trata de reformas que no se inscriben, en modo alguno, en proyectos de reestructuración a largo plazo de las estructuras del sistema. Al contrario, más bien se asiste a la toma de decisiones rápidas y oportunistas adoptadas bajo la presión de los efectos de los desequilibrios presupuestarios (PALIER, B. y BONOLI, G.: “La montée en puissance des fonds de pension: une lecture comparative des réformes des systèmes de retraite, entre modèle global et cheminements nationaux”, *L'année de la régulation*, Vol. 4, 2000, p. 210).

⁷¹ LÓPEZ GARCÍA, M. A.: “La economía de las pensiones de la Seguridad Social: una introducción”, en VV. AA. (López García, M. A. comp.): *La Economía del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 18.

por lo que no se acumula en ningún fondo⁷². Por el contrario, un sistema de capitalización se basa en principios actuariales, lo que da lugar a que las aportaciones de los activos se calculan de modo que alcancen el montante global de las pensiones futuras, acumulándose en un fondo de capital. De este modo, las exigencias de uno y otro son distintas: mientras en el de reparto al pagarse a medida que se cobra es necesario que el total de los ingresos iguale el conjunto de los gastos, de ahí el requisito del equilibrio financiero de año en año entre lo recaudado y los gastos; para el de capitalización, por el contrario, lo fundamental es la constitución de unas reservas lo suficientemente cuantiosas para hacer frente a las obligaciones futuras. Por ello, la viabilidad del sistema de reparto está íntimamente vinculada a dos factores: a la denominada tasa de dependencia, por la cual existe una relación de dependencia entre los pensionistas y los cotizantes de la Seguridad Social, de manera que el sistema tendrá problemas de financiación cuando el incremento de pensionistas sea mayor que el de cotizantes; y a la necesidad de mantener un equilibrio entre los ingresos y los gastos por pensiones en el ciclo vital⁷³.

Por tanto, de todo lo dicho hasta ahora se deduce que el sistema de reparto, como fórmula de financiación de los sistemas públicos de pensiones, exige de un crecimiento económico y demográfico que genere los ingresos necesarios para procurar el equilibrio financiero del sistema. De ahí que sean los factores demográficos y de carácter económico los que estén estrechamente ligados a la crisis de los sistemas de Seguridad Social⁷⁴.

En todo caso, y previo al análisis de los factores enunciados, convendría hacer notar la realidad española como telón de fondo de las reformas de los sistemas públicos de pensiones que se empiezan a suceder a finales de los años setenta. Y así, en aquel momento, el sistema español se enfrenta a una crisis en una situación de transformación política, el final del franquismo y comienzo de la transición democrática, por lo que se planteaban problemas de legitimación que resultaban de dudosa compatibilidad con los objetivos de un programa de ajuste⁷⁵. En este contexto, y antes de que se hiciera notar de manera evidente la crisis económica de los setenta, el sistema español de Seguridad Social había iniciado una fase expansiva que tenía como objetivos principales: la intensificación de la función de sustitución del sistema, el favorecer la revalorización de las pensiones y flexibilizar los requisitos de acceso a la

⁷² FUENTE LAVÍN, M. de la: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Comares, 2006, p. 67.

⁷³ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: "Algunas notas sobre la crisis del régimen público de Seguridad Social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 87, 1998, p. 23.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁷⁵ CRUZ ROCHE, I.; DESDENTADO BONETE, A. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Política social y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 173.

protección⁷⁶, lo que finalmente se tradujo en un incremento global del gasto⁷⁷. Este esfuerzo financiero de la Seguridad Social recayó casi en su totalidad en las cotizaciones sociales, lo que planteó la necesidad de una mayor aportación del Estado con una reducción paulatina y gradual de las cotizaciones, dados los efectos negativos que éstas tenían con respecto a la creación de empleo⁷⁸.

Pese a esa tendencia expansiva, la Seguridad Social española se enfrenta a la crisis económica con una situación precaria en cuanto a su capacidad de dar cobertura adecuada a las necesidades sociales. Tanto en términos de valores de protección media por persona como en porcentaje del PIB España se encontraba en un nivel de gasto en pensiones inferior a la de los países comunitarios⁷⁹. De ahí que exista una doble consideración a la hora de acometer el proceso de reforma de la Seguridad Social española: por un lado, se hace necesario seguir avanzando en la adecuada atención de una cada vez mayor demanda de protección social, pero, por otro lado, los aspectos económicos asociados a la crisis y los demográficos, de cara al futuro, imponen una exigencia de racionalización y reordenación del sistema. Precisamente, son estos condicionamientos ya enunciados los que han motivado una permanente reordenación de la estructura de la Seguridad Social española.

Precisamente, el factor demográfico se apunta como un nuevo reto a tener en cuenta al objeto de dotar de garantías a los sistemas de Seguridad Social⁸⁰. En todos los países industrializados se constata que la esperanza de vida se ha incrementado⁸¹, debido a los avances científicos y sanitarios,

⁷⁶ *Ibidem*, p. 175.

⁷⁷ Las pensiones significaban en 1967 el 25 por 100 de los gastos corrientes de la Seguridad Social y el 60 por 100 en 1986. Respecto al PIB, el salto es desde el 1,22 por 100 en 1967 al 7,54 por 100 en 1986 (VELARDE FUERTES, J.: *El tercer viraje de la Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1990, p. 131).

⁷⁸ ALVAREZ de la ROSA, M.: “Razones para una reforma de la Seguridad Social española”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1985, p. 413. En este sentido, para GARCÍA de BLAS, la asignación de recursos de la Seguridad Social española era defectuosa ya que se penalizaba el uso del factor trabajo, siendo ello consecuencia de dos factores: a) una estructura de financiación donde el peso estaba mayoritariamente soportado por cotizaciones; b) una estructura en la distribución de las cotizaciones donde las cuatro quintas partes estaba soportada por los empresarios (“Seguridad Social y crisis económica en España”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1984, p. 61). A ello se añadía el que una sustitución de la financiación vía cotizaciones por aportaciones del Estado mejoraría la competitividad internacional de las empresas al reducir el coste laboral real en las exportaciones (CRUZ ROCHE, I., DESDENTADO BONETE, A. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Política social y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 136). Ampliamente, sobre la relación entre la cotización y el empleo, *vid.* DURÁN HERAS, A.: “Efectos de la Seguridad Social en el empleo”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 11, 1981, pp. 183-217.

⁷⁹ Las pensiones mínimas de carácter contributivo para mayores de 65 años no alcanzaban la cuantía del salario mínimo interprofesional, y las pensiones medias eran ligeramente superiores a las mínimas (VV. AA.: *La Seguridad Social en el...*, *op. cit.*, p. 15).

⁸⁰ *Vid.*, SCHULTE, B.: “¿Qué garantías ofrecen los sistemas de Seguridad Social?”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 33, 1987.

⁸¹ Numerosos estudios muestran como en 1950 la esperanza de vida se cifraba en 64 años para las mujeres y 60 para los hombres, mientras en la actualidad podrían alcanzar la edad de 80 y 74 años, respectivamente. *Vid.*, entre otros, HERCE, J. A.: “El movimiento demográfico español: aspectos

y al mismo tiempo la tasa de natalidad ha descendido⁸², con lo que se plantean problemas de inadecuación entre el número de cotizantes y el de pasivos⁸³. De este modo, los cambios demográficos se dejan notar, especialmente en la jubilación, no sólo por el envejecimiento⁸⁴ progresivo de la población “sino también por el número cada vez mayor de personas que acceden a las mismas a una edad demasiado temprana, en relación con unas políticas de empleo o de reconversión que propician jubilaciones anticipadas”⁸⁵. Se pone en evidencia, en este sentido, que los cambios en la estructura de edades de la población afectarán irremediamente al gasto en pensiones al destruir el equilibrio intergeneracional sobre el cuál está basado el sistema de reparto⁸⁶.

Al lado de los factores demográficos se alude de forma reiterada a un conjunto heterogéneo de factores económicos que han incidido de una manera evidente en el agravamiento de los problemas de la Seguridad Social pública. Se trata, en suma, de aspectos que inciden en la

económicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 6, 1992, pp. 53-66 y VV. AA.: *La Seguridad Social en el umbral...*, *op. cit.*, p. 64.

⁸² Que se mantendría en la actualidad en un nivel de 1,3 hijos por mujer, aunque se recuperaría en un plazo de unos 12 años hasta 1,5 hijos. *Cfr.* GONZÁLEZ i CALVET, J.: “Economía, demografía y sistema de protección social en España”, en VV. AA. (Cardenete Flores, M. A. ed.): *Las prestaciones sociales en el umbral del siglo XXI*, Huelva, Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, 1999, p. 157.

⁸³ Tal y como se comentó anteriormente los gastos de protección social están centrados primordialmente en las necesidades de las personas de edad avanzada, siendo financiados los mismos a través de las cotizaciones de las personas activas. De este modo, hay una relación de mutua influencia entre ambos grupos de edad dado que la evolución prevista de la relación entre las personas jóvenes y los inactivos nos proporcionará un indicador del efecto que el factor demográfico tiene sobre el equilibrio financiero de la Seguridad Social. Y así, se apunta que como consecuencia del envejecimiento demográfico, las personas de edad van a constituir una parte creciente de la población dependiente durante los próximos decenios (17,2 en 1980, 38,2 en el año 2040); por el contrario los jóvenes representarán hasta el año 2020 cada vez menos (40,9 en 1980, 23,6 en el año 2020) para, a partir de este año empezar un aumento de los mismos en relación con la población activa. *Cfr.* BAREA TEJEIRO, J.: “El sistema de protección social español y la evolución demográfica”, en VV. AA.: *Europa en el movimiento demográfico. Los Sistemas de Pensiones y la Evolución Demográfica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 178.

⁸⁴ Cuando se alude al envejecimiento de la población nos estamos refiriendo al aumento de personas mayores, entendiendo por tales las que tienen más de sesenta, de sesenta y cinco, de setenta años, o de cualquier otra edad, aunque lo más habitual es utilizar el criterio de la proporción de la población que tiene más de sesenta y cinco años, dado que es ésta la edad frecuente de jubilación de quienes trabajan de forma remunerada. De esta forma, se constata como el envejecimiento de la población es un fenómeno vinculado a las sociedades más desarrolladas, ya que en periodos recientes de la humanidad, lo habitual era una alta tasa de natalidad y de mortalidad, lo que se traducía en que muchas personas no llegaban a superar los sesenta y cinco años de edad. En España, por ejemplo, en 1900, más de un tercio de la población tenía menos de quince años, pero menos del 5 por 100 tenía sesenta y cinco o más años (DÍEZ NICOLÁS, J.: “Envejecimiento y políticas hacia los mayores en la Unión Europea”, en MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L. y GONZÁLEZ SEARA, L.: *Las Estructuras del Bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000, p. 779).

⁸⁵ PIÑEYROA de la FUENTE, A. J.: “La problemática financiera de la Seguridad Social española. Notas económicas sobre una cuestión de pasado, presente y futuro”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, p. 641.

⁸⁶ El coste de todas las pensiones, teniendo en cuenta exclusivamente el cambio demográfico, pasaría del 9,3 por 100 del PIB en 1991 a, como máximo, el 24,6 por 100 del PIB en el 2045 (en las hipótesis más adversas de 1,3 hijos por mujer). *Vid.* GONZÁLEZ i CALVET, J.: “Economía, demografía y sistema...”, *op. cit.*, p. 160.

insostenibilidad financiera de los sistemas públicos de pensiones consolidados en una etapa de fuerte crecimiento económico que, se dice, no se volverá a repetir. Pasada esa fase de esplendor, y como consecuencia de la crisis económica de los 70, se ponen de manifiesto problemas de financiación asociados, tal y como se dijo más arriba, a un crecimiento de los gastos sociales y a una disminución creciente de los ingresos.

Entre las causas principales que han dado lugar a una expansión creciente de los gastos sociales en España podemos apuntar, entre otras, el aumento en el reconocimiento de pensiones⁸⁷. Dicho incremento residió en la incorporación de nuevos beneficiarios, especialmente en el período de 1973 a 1983, y en la elevación de la cuantía de las pensiones. A esta situación se unió, en aquel momento, una serie de defectos en la ordenación legal de las prestaciones que provocaron aumentos infundados de gasto y costes considerables a la Seguridad Social⁸⁸. La elevación de los costes pensionísticos se asocia igualmente al proceso de universalización de las pensiones. De este modo, otra de las causas de expansión de los gastos sociales tiene que ver con las revalorizaciones existentes para muchas prestaciones, los complementos por mínimos y las prestaciones no contributivas. El sistema se ha ido asistencializando dejando de lado el desarrollo de la parte contributiva. Un componente importante de este incremento de los gastos sociales está relacionado con la financiación de la asistencia sanitaria. En este sentido, la universalización de la sanidad ha provocado que se distraigan de las arcas públicas un número importante de recursos⁸⁹. Este incremento de las aportaciones del Estado no sólo está provocado por la universalización de la cobertura, sino también por la mejora de la calidad de la asistencia que se presta como consecuencia de los avances técnicos y científicos⁹⁰. Finalmente, y tal y como se comentó más arriba, la incidencia de la crisis económica se hizo patente a través del problema del desempleo. Precisamente, el paro ha requerido un flujo incesante de recursos para paliar sus efectos devastadores. Asimismo, el obstáculo mayor se centra en el hecho de que este fenómeno provoca una importante pérdida de ingresos por la falta de cotizaciones de la parte de la población activa que pasa a engrosar las listas del paro⁹¹.

⁸⁷ A las pensiones se destinaban en 1974 el 36,1 por 100 de los gastos corrientes totales de la Seguridad Social, mientras que en 1981 se sitúan en el 44,6 por 100 (FUENTES QUINTANA, E., BAREA TEJEIRO, J., GONZALO GONZÁLEZ, B. y GARCIA DE BLAS, A.: “Estrategia para un tratamiento de...”, *op. cit.*, p. 37).

⁸⁸ Una descripción detallada de esta defectuosa ordenación legal se puede encontrar en FUENTES QUINTANA, E.; BAREA TEJEIRO, J.; GONZALO GONZÁLEZ, B. y GARCIA DE BLAS, A.: “Estrategia para un tratamiento de...”, *op. cit.*, pp. 45-48.

⁸⁹ La evolución en los últimos años ha sido la siguiente: 4,6 por 100, en 1980; 4,6 por 100, en 1985; 5,4 por 100, en 1990; y 5,9 por 100, en 1995 (BLASCO LAHOZ, J. F.: *La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 31).

⁹⁰ PIÑEYROA de la FUENTE, A. J.: “La problemática financiera de la Seguridad Social española, *op. cit.*, p. 650.

⁹¹ *Ibidem*, p. 648.

En cuanto a la disminución de ingresos, hay que decir que casi es una consecuencia de lo comentado con anterioridad: con una relación de activos-pasivos como la descrita, donde se tarda más en incorporarse al mercado de trabajo y se fomentan las jubilaciones anticipadas y con un problema creciente como el desempleo que da lugar a menos cotizaciones, los ingresos irán descendiendo. El desequilibrio financiero del sistema parecería ser el principal obstáculo a salvar para garantizar las pensiones del futuro, de ahí que los gobiernos en todos los países industrializados hayan empezado a ensayar diferentes fórmulas para contener el gasto público en pensiones⁹². Repárese que las restricciones financieras en la protección social están mediatizadas hoy por el nuevo modelo de crecimiento impuesto en las economías de los estados europeos. Nos estamos refiriendo al proceso de internacionalización de la economía que exige la adopción de medidas de ajuste, liberalización y competitividad, a lo que hay que añadir los compromisos de ajuste presupuestario sellados en los Acuerdos de Maastricht, así como el Pacto de Estabilidad Europeo. De ahí que en este contexto de agudización de los límites financieros se postule el papel subordinado de la política social a las políticas de crecimiento económico, de modo que la orientación de las prestaciones y servicios a otorgar en el marco de las políticas públicas de bienestar sea la de favorecer éstas de tal forma que no mermen el crecimiento de la economía⁹³. En este sentido, se defiende que un mayor crecimiento económico es una garantía para el disfrute de las pensiones futuras⁹⁴.

Todo este análisis que se ha efectuado hasta aquí conduce a una única conclusión: la de que los sistemas públicos de pensiones deben ser objeto de una profunda revisión. Pero a partir de la constatación de esta necesidad imperiosa de proceder a la reordenación de los sistemas de pensiones estatales se hacen visibles diferentes vías de reforma, desde aquella que apuesta decididamente por la aplicación de mecanismos de capitalización y la introducción de herramientas privadas en la gestión del sistema como únicos remedios para atajar la grave crisis de la que se habla, hasta que

⁹² Se pueden citar tres grandes enfoques: a) los intentos de reducir directamente el gasto haciendo el sistema de pensiones menos generoso, b) reducir el gasto público en pensiones como parte de una reorientación más amplia de las pensiones y, c) mediante la introducción de pensiones privadas. *Cfr.* BARR, N.: “La reforma de las pensiones: análisis económico y algunas opciones de política”, en MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L. y GONZÁLEZ SEARA, L.: *Las Estructuras del Bienestar...*, *op. cit.*, pp. 663-664.

⁹³ AYALA CAÑÓN, L.: “Hacia un nuevo modelo de protección social”, *Documentación Social*, núm. 99-100, 1995, p. 77.

⁹⁴ Como indica AYALA CAÑÓN, se trata de una cuestión ésta que aún cuando es innegable el efecto positivo que *a priori* puede tener el crecimiento sobre la mejora económica de la mayoría de la población, “es posible rebatir la pretensión de universalidad de tales vínculos. La realidad ha revelado que no es difícil que tendencias tan agregadas escondan diferencias sustanciales entre los grupos de la población. El segmento con rentas más bajas dista de constituir un colectivo homogéneo, existiendo una multiplicidad de factores de vulnerabilidad, asociados a distintas condiciones socioeconómicas, que provocan un limitado acceso a los frutos del crecimiento de determinados hogares” (“Hacia un nuevo modelo...”, *op. cit.*, p. 77).

aquella otra que considera que existen otros instrumentos, desde una óptica que no tuviera el factor demográfico como principal aspecto a considerar, que permitirían mejorar la financiación del sistema. Para esta segunda opción, habría que tener en cuenta otras variables que condicionan la tasa de dependencia como son la tasa de actividad y la productividad del trabajo. El aumento de estas variables compensaría los desequilibrios demográficos⁹⁵. Se ha dicho, en este sentido, que no puede hablarse de quiebra del Estado de Bienestar, dado que los recortes de los gastos sociales no tienen ninguna justificación técnica ni económica sino que son tan sólo una opción política⁹⁶.

Sea como fuere, tanto si opta por una vía como por otra, lo cierto es que la persistencia en los planteamientos catastrofistas en cuanto a las dificultades de financiación de la Seguridad Social pública ha terminado por incidir en la propia legitimación del sistema⁹⁷. Se ponen en entredicho los fundamentos políticos de partida de los sistemas de pensiones a partir de una defensa a ultranza de una potencial crisis financiera, lo que genera, a su vez, una pérdida de confianza en el sistema. Se trata, en suma, de una calculada reiteración de mensajes apocalípticos que tratan de conformar una opinión pública en favor de una opción de política legislativa que tiene como finalidad, por un lado, la reducción de la cuantía de las pensiones públicas a través de una asistencialización de las prestaciones, un mayor endurecimiento del acceso en cuanto a los periodos previos de cotización y una ampliación de la base de cotización de determinadas prestaciones, y por otro, como consecuencia de lo anterior, el fomento de la previsión social privada⁹⁸. Se asiste, por tanto, a la ruptura del modelo de bienestar keynesiano en el que se consideraba que el Estado a través de la política social y en un contexto de crecimiento económico en conjunción con la democracia de sufragio universal había sido un factor de estabilidad e integración social. Mediante las instituciones del Estado se favorecía la

⁹⁵ Según TORRES LÓPEZ, “sólo el envejecimiento de la población bloquearía la financiación: si no se reduce la tendencia al desempleo creciente, que impide destinar recursos salariales actuales para rentas diferidas a una gran parte de la población; si la economía no es capaz de recobrar ritmos más elevados de crecimiento económico; si el desempleo juvenil o de larga duración se mantienen como fenómenos generalizados, lo que reduce la vida ocupada de la población y, en consecuencia, el período y las rentas por las que pueden cotizar; si los salarios reales tienden a disminuir, de manera que el volumen recaudado de cotizaciones sociales que tenga que ser necesariamente menor; si continúa la tónica de distribución privilegiada a favor de los beneficios, lo que disminuye en términos relativos la masa salarial, provocando igualmente una menor cotización global al sistema; si se generaliza el empleo precario o de baja calidad y si las modificaciones en la productividad del trabajo responden exclusivamente a un uso más intensivo del factor trabajo orientado a obtener excedentes mediante estrategias espurias y globalmente ineficaces de competitividad” (“La estrategia de reforma del sistema público de pensiones: el penúltimo botín” en *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, *op. cit.* p. 128).

⁹⁶ GONZÁLEZ i CALVET, J.: “Economía, demografía y sistema...”, *op. cit.*, p. 180.

⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (I)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88, 1998, p. 200.

⁹⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “Estado y Mercado en la nueva política del Derecho en materia de pensiones”, en VV. AA. (Cardenete Flores, M. A. ed.): *Las prestaciones sociales en el umbral...*, *op. cit.*, p. 196.

extensión de los derechos sociales contribuyendo de este modo a la pacificación del conflicto social y a la propia legitimación del capitalismo de postguerra. Sin embargo, es precisamente esa mediación estatal la que se pone en evidencia hoy, dadas las restricciones que se imponen en la actual fase de reestructuración del capitalismo transnacional⁹⁹, y en lo que a las pensiones se refiere, se impone la necesidad de una menor intervención de lo público en favor de lo privado.

Junto a una crisis del compromiso social, base de los sistemas tradicionales de bienestar, cabe apuntar una crisis de eficacia del sistema, entendida como la capacidad para alcanzar los objetivos sociales constitucional y políticamente asumidos en el Estado social, y en particular respecto al sistema de pensiones¹⁰⁰. De este modo, se constata la existencia de dificultades de adaptación a las nuevas realidades sociales dada la multiplicación de nuevas necesidades, entre ellas la creciente vulnerabilidad de un elevado segmento de la población con origen en los cambios en el mercado de trabajo –eventualidad, inseguridad y desempleo-¹⁰¹. Se cuestionan, en este sentido, las técnicas tradicionales de protección ante estas nuevas realidades, las cuáles no sólo están asociadas a las transformaciones que ha experimentado la sociedad del trabajo, sino también a cambios que tienen que ver con la mayor incorporación de la mujer al mercado de trabajo o con el desdibujamiento del modelo tradicional de familia. En este sentido, la naturaleza de los cambios en la realidad social choca de manera directa con un modelo tradicional asentado sobre un esquema contributivo de protección que tiene al trabajador estable como centro de imputación de sus normas¹⁰². A ello habría que unir la incapacidad del sistema de afrontar los riesgos de una dualización social motivada por una creciente materialización diferenciada de los derechos sociales por el efecto de la segmentación del mercado de trabajo¹⁰³.

Es evidente que la acción combinada de los límites del sistema de Seguridad Social -los económicos y demográficos, junto a los políticos, ideológicos y sociales- ha puesto en evidencia la capacidad de regenerar el pacto político necesario para que se pueda atender el objetivo de la solidaridad social. Se cuestionaría, por tanto, una de las características básicas de los sistemas públicos de bienestar, cuál es el ser capaz de

⁹⁹ CRUZ ROCHE, I.; DESDENTADO BONETE, A. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Política social y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El futuro del sistema de pensiones...”, *op. cit.*, p. 200.

¹⁰¹ AYALA CAÑÓN, L.: “Hacia un nuevo modelo...”, *op. cit.*, p. 85-86. Se pone aquí de manifiesto esa paradoja que constituye la persistencia de la pobreza frente al desarrollo de la Seguridad Social. *Vid.*, PERRIN, G.: “Estudios previos a la reforma de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 1, 1979.

¹⁰² AYALA CAÑÓN, L.: “Hacia un nuevo modelo...”, *op. cit.*, p. 87. Las transformaciones históricas de ese modelo han sido brillantemente descritas por CASTEL en su obra *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Barcelona, Paidós, 1997.

¹⁰³ *Vid.* RODRÍGUEZ CABRERO, G.: “Integración, asistencialización y exclusión en el Estado de Bienestar”, en AA. VV.: *La larga noche neoliberal*, Icaria, Madrid, 1993, p. 274.

favorecer una verdadera justicia social y de ofrecer una seguridad universalmente inclusiva. De ahí que los condicionamientos demográficos, sociales, económicos y políticos erosionan los sistemas de pensiones haciendo que sus instituciones se presenten como menos “sociales” (porque resultan menos inclusivas), menos seguras, (porque se impone la incertidumbre acerca de la capacidad del sistema de asegurar a largo plazo las pensiones) y más asistencialista (con la correlativa pérdida del efecto de sustitución)¹⁰⁴.

De la situación expuesta se deduce que eran necesarias medidas que trataran de paliar los problemas que sufren los modernos sistemas de Seguridad Social. El caso español no podía ser menos, de manera que se han ido sucediendo una serie de propuestas que tienen como finalidad racionalizar y controlar el gasto de la Seguridad Social. Unas reformas que se han instalado de forma permanente en la estructura del sistema con la finalidad de afrontar de forma gradual la adaptación continua a las nuevas necesidades sociales. Y en lo que a este estudio se refiere, una de las características de este interminable proceso de revisión del sistema de previsión español es el debilitamiento del principio de solidaridad que anida en todo sistema público de Seguridad Social. Como se verá, la reforma en el tiempo de la previsión social pública no está siendo iluminada por la teoría de las tres edades de la Seguridad Social¹⁰⁵, siendo exigible hoy una adaptación a las sociedades del capitalismo tardío, de manera que se amplíen las finalidades del sistema, vinculadas desde antiguo al trabajo. Al contrario, lo que manifiesta todo el proceso reformador es una voluntad clara y decidida de reconducir al mercado una parte importante de la protección social pública¹⁰⁶.

Con objeto de comprender mejor todo este proceso se hace necesario estudiar de forma más amplia los hitos significativos de la reforma interminable¹⁰⁷ del sistema de la Seguridad Social en relación con el desarrollo de los sistemas privados de pensiones. Es decir, se trataría de abordar, tanto los desarrollos legislativos que configuran el régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones, como aquellas otras medidas de reordenación de la Seguridad Social que han sido potenciadoras de los mecanismos privados de previsión. En todo caso, la función otorgada a los planes y fondos de pensiones exige de un análisis previo del modelo constitucional, público y colectivo, caracterizado por un espacio estatal

¹⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El futuro del sistema de pensiones...”, *op. cit.*, pp. 200-201.

¹⁰⁵ PERRIN, G.: “Estudios previos de...”, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶ Al menos, cabe pensar, que “la nueva sociedad postindustrial no es capaz de mantener en los mismos términos que en el pasado un formidable Sistema de Solidaridad, como ha sido –y, en buena parte, con sus deficiencias y carencias– la Seguridad Social” (VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de...*, *op. cit.*, p. 38).

¹⁰⁷ Término acuñado por GETE CASTRILLO en “La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente...”, *op. cit.* p. 413.

indelegable. Toda alusión a los instrumentos privados de previsión, complementarios o no, de los sistemas públicos de bienestar presupone la existencia previa de un sistema de Seguridad Social público, de ahí que una vez estudiado el contexto de crisis permanente en la que vive este último, es ineludible abordar las relaciones de mutua dependencia que cabe establecer entre la Seguridad Social y los instrumentos privados de previsión.

III. EL PAPEL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Como ya se ha comentado con anterioridad, todo sistema de pensiones está caracterizado por una interacción entre la parte de provisión de bienestar que se reserva en exclusiva a las instituciones del Estado y otra parte que se remite a instrumentos de carácter privado. Los límites entre las formas públicas y privadas de un sistema de seguridad son inestables y dependen de factores de naturaleza política, económica, demográfica y cultural. Los niveles que pueden configurar un modelo de protección social siempre se han visto alterados por desarrollos legislativos que abren el campo de actuación a lo privado o bien lo limitan.

Así, el análisis de las características de los regímenes públicos de Seguridad Social permite determinar cuál es el espacio real que ocupan éstos en el modelo de protección social y, al mismo tiempo, nos facilita la tarea de saber cuáles son las materias que quedan en manos de los mecanismos privados. En este sentido, desde una perspectiva histórica, hemos podido comprobar como se ha producido una progresiva intervención del Estado en la protección de los riesgos sociales que dio lugar a un desplazamiento de las formas privadas de previsión tradicionales. Sin embargo, los instrumentos privados nunca desaparecieron, sino que se mantuvieron al lado de lo público en la medida que servían para complementar las políticas públicas de bienestar. Los propios mecanismos públicos fueron buscando la colaboración de la iniciativa privada en la tarea de asegurar los riesgos sociales, en el sentido de solicitar su ayuda en la gestión de los medios de protección o ya para completar o mejorar sus prestaciones¹⁰⁸.

Por ello, es interesante recordar brevemente cuáles son las notas características de los regímenes públicos de Seguridad Social y, en concreto, del español -teniendo en cuenta que todos ellos se inscriben en un marco de referencia como es el Estado del bienestar-, en la medida en que

¹⁰⁸ Como explica GARCIA MURCIA, “a fin de cuentas, la seguridad social pública ha puesto en marcha un sistema de prestaciones básicas o mínimas, que raramente han alcanzado el ideal de cobertura de las sociedades modernas. Por ello mismo, siempre se han dejado algún espacio para la previsión voluntaria, que ha podido desarrollar sus funciones complementarias” (“El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 161).

dichas notas son los verdaderos límites que acotan un espacio específico reservado a las políticas estatales de previsión. Al mismo tiempo habrá que comprobar las líneas de tendencia actuales, en lo que a desarrollos legislativos se refiere, en el sentido de determinar el grado de expansión o retroceso de esas políticas públicas. Una vez identificado el espacio real de la Seguridad Social será el momento de comprobar el papel que juega la iniciativa privada y su grado de desarrollo.

1. Los límites del sistema público de protección social: el derecho de Seguridad Social

La configuración de la Seguridad Social en España parte de unas exigencias constitucionales y políticas. Éstas ya las enumeró BORRAJO DACRUZ, y las resumió en cuatro, a partir de la lectura del artículo 41 de la Constitución Española, a saber: “mantenimiento de la acción protectora, carácter público del régimen, suficiencia de las prestaciones y la financiación”¹⁰⁹. Se trata de características que delimitan un concreto sistema de seguridad que con el tiempo, en la perspectiva del legislador constituyente, debían ir consolidándose a través de la legislación ordinaria. Por tanto, el artículo 41 CE es el que contempla la Seguridad Social, y la describe como una actividad estatal. De manera que es este precepto el que contiene las claves que nos permiten entender el contenido de la Seguridad Social y el campo de actuación dejado en manos de los mecanismos privados de la previsión. Aparte, en dicho precepto confluyen siquiera de forma indirecta y parcial otros tantos artículos del texto constitucional, como son el 39 (protección a la familia), el 43 (protección de los discapacitados) y el 50 (pensiones de la tercera edad)¹¹⁰. Estamos ante el punto de partida que nos llevará a delimitar las fronteras entre la intervención pública y la privada en el campo de la protección social.

Y así, el primero de los aspectos que cabe destacar del precepto mencionado es que del mismo no se infiere un concreto modelo de protección social de los que se han comentado con anterioridad (mixto, residual, universalista). Por tanto, la Constitución Española no establece un modelo constitucional acabado y delimitado de Seguridad Social que se constituya en un límite para futuros desarrollos legislativos. Esto tiene, en lo que aquí se refiere, una enorme trascendencia en la medida en que de entender que existe ese modelo constitucional estaríamos ante un sistema de protección social que delimita con claridad el campo de actuación de lo público y lo privado en la tarea de atender las necesidades sociales de los ciudadanos. De lo contrario estaríamos ante un modelo abierto, sometido a

¹⁰⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pp. 35-38.

¹¹⁰ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de...*, op. cit., p. 46.

los vaivenes políticos e históricos, y que admite en su seno diversas lecturas e interpretaciones.

Sobre este particular, se ha podido concluir que la Constitución Española no establece un modelo concreto y singularizado de Seguridad Social¹¹¹. A mayor abundamiento sobre el carácter ambiguo del artículo 41 CE, cabría hacer mención de las distintas posturas doctrinales al respecto¹¹², desde aquella que ha entendido que no hay tal modelo constitucional a partir del artículo 41 de la Carta Magna, a aquella otra que si admite que lo haya. Respecto a la primera interpretación se defendería la inexistencia de un modelo constitucional claro y unívoco, y ello porque el artículo 41 es lo suficientemente flexible como para admitir cualquiera¹¹³; cabrían, por tanto, diferentes interpretaciones que podrían conducir al desarrollo de diferentes sistemas¹¹⁴, dado el carácter polivalente del precepto constitucional¹¹⁵. Una consecuencia importante que se extrae de esta primera interpretación es que el legislador ordinario, en última instancia, es quién determinará los caracteres definitivos del modelo de Seguridad Social, teniendo para ello un amplio margen de disponibilidad. Por otro lado, se ha podido defender la idea de la existencia de un modelo constitucional y, en concreto, el de tipo universalista. Y lo es por que se afirma, desde la óptica del artículo 41, que la cobertura de la Seguridad Social engloba a todos los ciudadanos y atiende, en general, a las situaciones de necesidad. Además, se está ante un modelo asistencialista porque corresponde a los poderes públicos la financiación del sistema¹¹⁶.

No habiendo unanimidad a la hora de afirmar con rotundidad si estamos ante un modelo de protección social concreto a la luz de la Constitución Española, si se puede dejar constancia de una serie de

¹¹¹ VILLA GIL, L. de la: “La reforma del derecho a las pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 25, 1985, p. 15. Cuestión superada por la doctrina jurisprudencial que no admite la existencia de un verdadero modelo que condicione de forma expresa la evolución del sistema, siendo la STC 206/1997, 27 noviembre la que mas lejos ha llevado esa idea, dado que después de reconocer que no es posible partir de la consagración constitucional de un único modelo de Seguridad Social, admite que lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la Seguridad Social contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero sin cerrar posibilidades para la evolución del sistema hacia “ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar” (FJ 5). Como se ha podido decir, “se estaba ante un momento histórico bien definido en que se podía apreciarla cercanía de los momentos de crisis del Sistema, y prevaleció la voluntad de no establecer concreciones cerradas sobre el modelo (...)” (VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de...*, *op. cit.*, pp. 46-47)

¹¹² Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995.

¹¹³ Cfr. VIDA SORIA, J.: “Modelos de Seguridad Social en el ámbito constitucional”, en VV. AA.: *La reforma de la Seguridad Social*, Madrid, Fundación F. Ebert, 1982, p. 114. Del mismo autor, “La reforma de la Seguridad Social en España, en VV. AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 250.

¹¹⁴ PEREDA MATEOS, A. de: *Hacia un nuevo sistema de Seguridad Social*, Madrid, 1983, pp. 125-126.

¹¹⁵ BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la...”, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁶ AZNAR LÓPEZ, M. y CASADO, D.: *Perspectivas de la Seguridad Social española*, Madrid, Acebo 1988, p. 41. También en ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 7, 1986, p. 11.

consideraciones que hacen de la Seguridad Social un modelo que no se ajusta, en todos sus caracteres, ni al profesional-contributivo ni al asistencialista¹¹⁷. De un lado, puede afirmarse que la Constitución no parece que haga tabla rasa de la historia social de nuestro país, en el sentido de desconocer el tradicional sistema profesional-contributivo, predominante en la realidad española. En primer lugar, porque antes de la aprobación de la Constitución Española, estábamos ante un sistema claramente contributivo debido a que tenía como objeto la protección del trabajador que percibía unos ingresos provenientes de una actividad profesional y que con las aportaciones que éste hacía a la Seguridad Social se beneficiaba en el futuro de unas prestaciones económicas. En segundo lugar, porque en el contexto internacional España había ratificado dos normas básicas, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961¹¹⁸ y el Convenio número 102, de 28 junio de 1952, de la OIT de norma mínima de seguridad social¹¹⁹ que tenían un carácter netamente contributivo, al tener como destinatarios de su protección a los asalariados o trabajadores. Y, en tercer lugar, porque la normativa posterior a la aprobación de la Constitución muestra una clara tendencia a mantener los rasgos o presupuestos contributivos o profesionales. Por tanto, la CE no ha desdeñado la importancia que han tenido, tradicionalmente, los caracteres contributivos.

Ahora bien, dicho esto, lo cierto es que el artículo 41 tiene una vocación universalista, de ahí que se subraye la existencia de una tendencia universalista o asistencial del texto constitucional. El propio Tribunal Constitucional ha dejado constancia de este aspecto, al afirmar que el art. 41 CE incorpora una superación de concepciones anteriores de la Seguridad Social, en las que se hacía prevalecer el principio contributivo y la cobertura de riesgo o contingencia, de forma que las prestaciones de la Seguridad Social no se presentan como proporcionales a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados ni como resultantes de un acuerdo contractual¹²⁰. En definitiva, se deduce la imposibilidad de adscribir nuestro sistema de Seguridad Social en alguna de las dos concepciones anteriores. De ahí que se llegue a afirmar que nuestro sistema es y ha sido un sistema mixto¹²¹.

Junto a esta falta de reconocimiento de un modelo concreto y singularizado de protección social con rango constitucional, cabe añadir otro aspecto de notable interés en lo que se refiere a las relaciones público-privado en el ámbito de la previsión. Nos referimos a la oportunidad

¹¹⁷ Se siguen, en este apartado, las consideraciones hechas por SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social...*, *op. cit.*, pp. 40-42.

¹¹⁸ Instrumento de ratificación 29 abril 1980 (BOE 26 junio 1980).

¹¹⁹ Instrumento de ratificación 17 mayo 1988 (BOE 6 octubre 1988).

¹²⁰ SSTC 65/1987, 21 mayo (FJ 17) y 209/1987, 22 diciembre (FJ 4).

¹²¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 41.

perdida en el seno del texto constitucional de identificar a la Seguridad Social como derecho del individuo con las máximas garantías de tutela¹²². En efecto, el artículo 41 realiza un reconocimiento indirecto del derecho de los ciudadanos a disfrutar de un mínimo vital al disponer que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”. Al mismo tiempo, el mencionado artículo se sitúa entre los principios rectores de la política social del Estado, y como tal tiene una eficacia limitada de acuerdo con el artículo 53.3 CE al cumplir la función de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo ser alegables directamente ante la jurisdicción ordinaria en función de lo que dispongan las leyes que lo desarrollen¹²³.

De todo lo dicho hasta ahora habría que extraer dos importantes conclusiones en orden a entender mejor las relaciones entre lo público y lo privado en nuestro sistema de protección social. De un lado, se puede sostener que ante la indefinición constitucional acerca de los posibles niveles existentes en materia de Seguridad Social que conformarían un auténtico modelo cerrado en la protección social de los ciudadanos, los mecanismos privados de la previsión tendrían un enorme poder de penetración en diferentes áreas del mismo. De otro, que ante el hecho de que la Seguridad Social no se constituya en un derecho pleno, en el sentido de tener plenas garantías jurídicas equiparándose, en este sentido, a los derechos civiles y políticos, hace que la norma que la sustenta, el artículo 41 de la Constitución, tenga una naturaleza programática y que como tal se vea sujeta a cambios promovidos por el legislador ordinario¹²⁴ en función

¹²² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y Privado...*, op. cit., p. 88. Estamos ante “derechos (...) que, comparativamente, disponen de una garantía constitucional menos plena en relación con el resto de los proclamados en la parte dogmática de la Constitución” (PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución”, en VV. AA.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 336).

¹²³ Estamos, por tanto, ante un derecho constitucional (derecho a prestaciones positivas) “no degradado a un mero de principio desprovisto de vinculatoriedad jurídica directa (o derechos en potencia), pues esta fuerza normativa vinculante se ejerce sobre los poderes públicos destinatarios de sus mandatos [MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dres.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1446].

¹²⁴ Nótese que la jurisprudencia constitucional ha terminado por caracterizar a los derechos de Seguridad Social como derechos de “configuración legal”, en el sentido que corresponde al legislador determinar el alcance y el contenido concreto del mandato constitucional previsto en el art. 41 CE. [SSTC 127/1987, 16 julio (FJ 4); 134/1987, 21 julio (FJ 4 y 5); 89/1987, 24 noviembre (FJ 10)]. Por tanto, “el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece” [STC 209/1987, 22 diciembre (FJ 3)] y, de este modo, “podrá modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia virtualidad y eficacia de aquél” [STC 65/1987, 21 mayo (FJ 17)]. Jurisprudencia que se reproduce con posterioridad en las SSTC 184/1990, 15 noviembre y 126/1994, 25 abril. Así, en la primera se advierte en su fundamento jurídico tercero que el legislador “dispone de un amplio margen de libertad de configuración del sistema de Seguridad Social” (FJ 3). Por su parte, la segunda recuerda que “los derechos de Seguridad Social, como derechos sociales de prestación que implican una carga financiera considerable, son de contenido legal y requieren ineludiblemente de intermediación legislativa. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el régimen público de Seguridad Social y las condiciones para el acceso a las

de lo que él entienda que en cada momento es mejor para conseguir los objetivos de la Seguridad Social. Lo que llevaría aparejado que, en función de las circunstancias políticas y económicas de la época, los mecanismos privados de la previsión tendrían una mayor o menor cabida en la tarea de proveer de seguridad a los ciudadanos.

Sin embargo, pese a la falta de concreción del texto constitucional en orden a definir el modelo de protección social aplicable, sí que cabe inferir una serie de caracteres en relación al régimen público de Seguridad Social, presentes en el articulado de la carta magna. De manera que estas notas características van a definir lo que debe entenderse por Seguridad Social, lo que a la postre tendrá dos importantes consecuencias en lo que a la relación entre los sistemas públicos y privados de pensiones se refiere: la primera, que el legislador tendrá como condicionante para adoptar una normativa de desarrollo, el que ésta se adecue a las características que definen el régimen público de la Seguridad Social descrito en la Constitución; y, la segunda, que el campo de los mecanismos privados quedará restringido, de esta forma, por las fronteras impuestas por ese régimen público previamente acotado, y que esos mismos mecanismos podrán actuar allí donde sean llamados o remitidos por la propia Constitución o por la posterior legislación de desarrollo. Precisamente, a esos rasgos del sistema de Seguridad Social nos referiremos a continuación a los efectos de delimitar con mayor exactitud la línea que separa la acción pública y obligatoria de protección social de la privada, voluntaria o facultativa que correspondería a los planes de pensiones.

1.1. Los rasgos del sistema de Seguridad Social: su delimitación jurídica en el marco de la protección social

Hemos visto que no se puede hablar de un modelo constitucional de Seguridad Social (y de protección social, a la postre) pero sí de un conjunto de rasgos que el sistema de la Seguridad Social ha de ir adoptando. De entre ellos, de manera general, se han destacado los siguientes. En primer término, se ha subrayado que el régimen público de Seguridad Social debe atender a todos los ciudadanos, independientemente de que ejerzan o no una actividad profesional. Se trata del principio de universalidad al que se refería VENTURI como característica fundamental de la Seguridad Social frente a las limitaciones en este punto de las técnicas del seguro social y la asistencia social¹²⁵. En efecto, nuestro texto constitucional, a través de la

prestaciones y para su pérdida. Esta característica de derechos prestacionales que requieren una base financiera válida y una administración de recursos escasos permiten al legislador una amplia libertad de configuración” (FJ 5).

¹²⁵ De este modo, la seguridad social contrapone el principio de universalidad frente a las técnicas mencionadas, “según el cuál su campo de aplicación comprende a toda la población, prescindiendo de la situación profesional y de las condiciones propias del individuo” (VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 341).

expresión “todos los ciudadanos” del artículo 41, ha querido consagrar la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, los cuáles han pasado de ser instrumentos de protección de determinados colectivos a convertirse en algo mucho más sofisticado y complejo que tiene como principal rasgo el de la generalidad de la protección¹²⁶. Por tanto, se reconoce constitucionalmente el principio de universalidad subjetiva como resultado de un proceso histórico de diferenciación jurídica del sistema público de Seguridad Social respecto del originario tronco común jurídico-laboral¹²⁷. Esta nota de universalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional que reconoce como uno de los rasgos caracterizadores de la Seguridad Social el de su universalidad¹²⁸.

Por otro lado, otra característica esencial de la Seguridad Social es el que su protección ha de ser “suficiente” frente a “las situaciones de necesidad” en general. Suficiente, en el sentido de asegurar una renta acorde con el nivel de vida normal del sujeto protegido¹²⁹, para ello se fijan las prestaciones de modo proporcional a los ingresos que viniera percibiendo el sujeto protegido. De tal modo que la existencia de esta proporcionalidad entre prestaciones y salarios es una garantía de seguridad, porque permite a los asegurados mantener un nivel de vida no demasiado inferior al que le permitiría tener el salario que venían percibiendo¹³⁰. En definitiva, la suficiencia de las prestaciones se relaciona directamente con el derecho a la existencia al que se refería Menger como derecho económico fundamental que cabe argüir contra la Comunidad¹³¹.

Hay que hacer notar que estamos ante un rasgo de los sistemas públicos de pensiones de enorme virtualidad con respecto a las relaciones de mutua dependencia entre la Seguridad Social y las pensiones privadas. Y ello porque el concepto de suficiencia¹³² remite al ideal de cobertura

¹²⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en VV. AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 277.

¹²⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Los derechos a la Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 325.

¹²⁸ STC 134/1987, 21 julio (FJ 4).

¹²⁹ Cabe recordar aquí las consideraciones de BORRAJO al entender que “las prestaciones sociales tiene que tener, al menos, la misma suficiencia que se predica del salario” (“El modelo constitucional...”, *op. cit.*, p. 36).

¹³⁰ Cfr. DURAND, P.: *La política contemporánea...*, *op. cit.*, pp. 332-338.

¹³¹ Menger, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo (El Estado Socialista)*, Edición y Estudio preliminar “Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger” a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2004.

¹³² El Tribunal Constitucional ha interpretado el concepto de suficiencia y ha introducido en la idea de “pensión adecuada” una serie de consideraciones: en primer lugar, que no existe una conexión entre cotización y prestaciones [SSTC 134/1987, 21 julio (FJ 4) y 97/1990, 24 mayo (FJ 4)], de modo que los afiliados a la Seguridad Social pudieran ostentar un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras”, y ello por la naturaleza no contractual del sistema, el cuál no opera como un seguro privado [SSTC 103/1983, 22 noviembre (FJ 3); 65/1987, 21 mayo (FJ 17) y 184/1993, 31 mayo]. De ahí que se afirme por el Alto Tribunal que “la relación entre cuota y prestación no es necesaria” [SSTC 103 y 104/1983, 22 y 23 noviembre (FJ 3)] o “que esta relación no es de índole estrictamente matemática” [STC

alcanzable por el sistema prestacional público en cada momento, a partir del cual comienza la libertad de las prestaciones complementarias¹³³. Precisamente, en este aspecto, en el de la determinación del principio de suficiencia de las prestaciones a las que se alude en el art. 41 CE, el legislador ostenta un amplio margen de libertad a la hora de concretar el nivel de protección del sistema. No en vano el Tribunal Constitucional reconoce sin ambages que es al legislador al que corresponde “modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél”¹³⁴. Estamos ante una doctrina jurisprudencial que ya se había formulado con anterioridad¹³⁵ y que ponía de manifiesto el hecho de que la eficacia y el alcance final de las prestaciones contributivas no podían dejar de lado el sistema económico en el que se inscriben y especialmente el régimen financiero que sustenta el sistema de la Seguridad Social. Tal y como se verá más adelante, esta solución jurisprudencial aún siendo acorde con el dinamismo que caracteriza la institución de la Seguridad Social no ha dejado de plantear importantes interrogantes en lo que a las medidas reformadoras del derecho a las pensiones se refiere.

En este punto, también cabe recordar un segundo elemento de análisis cuál es el de la idea de que el sistema atiende situaciones de necesidad, entendidas éstas en plural y conectadas con el optimum de protección que debe alcanzar todo sistema de pensiones público. Así, aún cuando la Constitución no establece cuáles son esas necesidades a proteger, por lo que es el legislador ordinario el que las concretará, es necesario atender al Convenio núm. 102, de la OIT de norma mínima de seguridad social y al Reglamento de la Comunidad Europea 1408/1971, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad¹³⁶, que recogen una determinación prescriptiva en orden a entender ese ideal de cobertura. En todo caso, bajo la óptica del Tribunal Constitucional se podría afirmar que la referencia a las situaciones de necesidad obligaría al legislador a establecer un régimen público capaz de dar protección a todo aquél que no tenga renta alguna o que la perciba por debajo del nivel de suficiencia marcado por el texto constitucional.

134/1987, 21 julio (FJ 4)]. Asimismo ha advertido que “las prestaciones de la Seguridad Social no se presentan ya como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las cotizaciones y contribuciones de los afiliados” [STC 65/1987, 21 mayo (FJ 17)]. Pese a ello, se afirma, finalmente, que aún cuando no haya una relación matemática el sistema es esencialmente contributivo por lo que se admite que exista “una cierta correspondencia entre cotización y prestación” [STC 134/1987, 21 julio (FJ 4)].

¹³³ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, p. 127.

¹³⁴ STC 37/1994, 10 febrero (FJ 3).

¹³⁵ SSTC 65/1987, 21 mayo (FJ 17) y 134/1987, 21 julio (FJ 4).

¹³⁶ DOL núm. 149, 5 julio 1971.

Otra característica del sistema español de Seguridad Social es el que éste constituye una actividad estatal¹³⁷, o lo que es lo mismo, la función protectora de Seguridad Social es de titularidad estatal y de naturaleza pública¹³⁸. Este aspecto aparece reconocido doblemente: primero, por la responsabilidad legal que otorga el art. 41 CE a “los poderes públicos” de mantener el régimen de Seguridad Social y, segundo, porque el legislador califica dicho régimen de “público”. Ello ha permitido considerar a la Seguridad Social como un servicio público¹³⁹ y, por ende, que ostente una naturaleza jurídico-pública estricta. En todo caso, el principal problema que se ha planteado con la consideración del carácter público de la Seguridad Social es si la Constitución impide la intervención de particulares en la gestión o administración del mismo¹⁴⁰. Sobre este particular el Tribunal Constitucional zanjó la cuestión al entender que “el carácter público del sistema de la Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de gestión de aquél...”¹⁴¹.

Por último, otro rasgo que hace reconocible nuestro sistema de Seguridad Social es que la financiación del mismo se lleva a cabo a través de los poderes públicos. De la expresión “mantendrán” presente en el artículo 41 de la Constitución se infiere la idea de un régimen público de Seguridad Social sostenido con cargo a fondos públicos. Ello no impide que tradicionalmente se hayan combinado los sistemas de financiación con cargo a impuestos y el sistema de financiación con cargo a cuotas. Aunque de la palabra “mantendrán”, presente en el texto constitucional, no sólo se ha deducido esa función de sostenimiento de la Seguridad Social a cargo de los poderes públicos¹⁴² sino también a esta expresión se le ha otorgado un sentido de conservación de los elementos que a lo largo de la evolución histórica han permitido reconocer los rasgos tradicionales del sistema de la Seguridad Social como tal¹⁴³. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en cuanto a la garantía institucional en materia de Seguridad Social, y ha entendido que ésta “no equivale al mantenimiento incólume del régimen establecido en la vigente Ley General de Seguridad Social”. Afirma el intérprete de la CE que “esta es la norma

¹³⁷ SSTC 65/1987, 21 de mayo (FJ 17); 67/1990, de 5 de abril (FJ 9), 231/1993, de 12 de julio (FJ 2); 37/1994, de 10 de febrero (FJ 3) y 129/1994, de 5 de mayo (FJ Único).

¹³⁸ Esta idea aparece reiterada en las SSTC 103/1983, 22 noviembre (FJ 3); 65/1987, 21 mayo (FJ 17) y 37/1994, 10 febrero (FJ 3).

¹³⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 124. Un estudio de la caracterización de la Seguridad Social como servicio público en FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: “El servicio público de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, pp. 211-229.

¹⁴⁰ Sobre el papel de la iniciativa privada en la realización de la Seguridad Social, véase ALMANSA PASTOR, J. M.: “Gestión pública e iniciativa privada”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pp. 166-177.

¹⁴¹ STC 129/1994, 5 mayo (FJ Único)

¹⁴² ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La Seguridad Social en España*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 66.

¹⁴³ BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional...”, *op. cit.*, p. 35.

básica en la configuración del actual sistema de Seguridad Social, pero no es un canon insustituible de constitucionalidad, ni sus normas contienen fórmulas rígidas para determinar el alcance de las mencionadas garantías”¹⁴⁴. Esto supone que la expresión “mantener” del art. 41 CE tan sólo ha de exigir de los poderes públicos el deber de propiciar la existencia de un régimen público de Seguridad Social, lo que se conseguiría tanto conservando o reformando el anterior existente, como instaurando uno nuevo, por supuesto “aportando la financiación, total o parcial, que produzca como resultado que el régimen se mantiene”¹⁴⁵.

En esta situación, y una vez descritos los principales caracteres que la Constitución y la jurisprudencia ofrecen del sistema de la Seguridad Social, cabría admitir la existencia de diferentes niveles en dicho sistema, teniendo en cuenta además el último inciso del artículo 41 de la Constitución relativo a la asistencia y prestaciones complementarias que habrán de ser “libres”. Así, se hablaría de un nivel asistencial o no contributivo (básico y público), al que se le reconoce una función de compensación, que englobaría a todos los ciudadanos residentes (universalidad) otorgando servicios y prestaciones económicas en un nivel mínimo de subsistencia; prestaciones que se reconocerían previa acreditación del estado de necesidad, siendo financiadas con cargo a los presupuestos generales del Estado. Un segundo nivel profesional contributivo (o complementario profesional), que tendría por objeto la concesión estatal de una serie de prestaciones sustitutivas de rentas (función de sustitución) y que comprendería a todas aquellas personas que obtienen ingresos profesionales. La financiación en este nivel estaría a cargo de las personas interesadas y de las empresas. Y, por último, un tercer nivel complementario, caracterizado por ser libre o voluntario en cuanto a su constitución y suplementario a los regímenes profesional o asistencial. Se trataría de un nivel que contempla una protección adicional a la otorgada suficientemente por el régimen público, y que se dan aquellos individuos que estén en condiciones de hacerlo. Aunque este tercer nivel será objeto de análisis más adelante, convendría avanzar, que la Constitución no identifica las prestaciones complementarias con régimen privado, lo que supondría admitir tanto una Seguridad Social pública complementaria como una previsión social privada. Ha sido, en todo caso, el desarrollo constitucional el que se ha decantado, finalmente, por el segundo aspecto y no por la configuración de niveles complementarios internos a la propia Seguridad Social pública¹⁴⁶. De ahí que se admita que en realidad sería

¹⁴⁴ STC 37/1994, 10 febrero (FJ 4).

¹⁴⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La Seguridad Social...*, op. cit., p. 124. En idéntico sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social (I y II)”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1994, p. 68.

¹⁴⁶ BLASCO LAHOZ, J. F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.^a A.: *Curso de Seguridad Social (Régimen General y prestaciones no contributivas)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 12.^a ed., 2005, p. 65.

necesario hablar del término más amplio de protección social en vez de modelo de Seguridad Social, porque una parte –los regímenes complementarios del tercer nivel de protección social complementaria libre- del edificio protector que se propone asentado en tres pilares no podría ser considerado Seguridad Social estricta¹⁴⁷.

De todo lo dicho hasta aquí se deduce que la Seguridad Social aparece en la Constitución como un régimen público dotado de unos rasgos – carácter público del sistema y derecho a la asistencia y prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad- que limitan las opciones del legislador ordinario en orden a desarrollar las previsiones constitucionales. Límites que aún reconociéndose que existen tienen, en principio, como ya se recordó más arriba, una eficacia limitada en función de la ubicación del artículo 41 entre los principios rectores de la política social y económica. Estamos, por tanto, ante una norma programática que carece de vigencia directa, de manera que los límites identificados con el carácter público del sistema y la suficiencia de la protección otorgada ante situaciones de necesidad se hacen flexibles ante los futuros desarrollos legislativos.

Sin embargo, habría que entender que el legislador ordinario no puede utilizar esos límites, como rasgos característicos que son del sistema de la Seguridad Social, en el sentido que mejor les convenga, y ello, si tenemos en cuenta dos aspectos de indudable raíz hermenéutica, como son: la técnica de la garantía institucional y el de los deberes ineludibles¹⁴⁸. En relación a la primera, hay que recordar que se trata de una técnica de interpretación constitucional heredada o nacida a partir de la dogmática alemana de entreguerras y que tendría como objetivo el inferir de la Constitución, como norma suprema que es, una serie de rasgos identificativos de una institución sin los cuáles dicha institución no sería reconocible. Por tanto, en la Constitución pueden aparecer los elementos básicos que dotan de contenido esencial a un instituto jurídico que condicionarán la regulación que del mismo quisiera hacer el legislador. Por ello, los rasgos esenciales del sistema de la Seguridad Social, que ya se han comentado, deberían constituirse en límite infranqueable para el legislador, ya que su vulneración no lo harían reconocible en el estado actual de la conciencia social.

El concepto de garantía institucional ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional en el sentido antes apuntado. Y así, se reitera por el intérprete constitucional que con dicha técnica se logra “la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma

¹⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y Privado...*, op. cit., p. 102.

¹⁴⁸ Sobre los mismos, vid. ALVAREZ de la ROSA, M.: “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, pp. 77-86.

tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”¹⁴⁹, con lo que, ligado esto a la consideración que hace el propio Tribunal Constitucional en orden a considerar que los derechos de Seguridad Social, como derechos sociales de prestación que implican una carga financiera, son de contenido legal¹⁵⁰, habría que admitir que la función legislativa tiene una amplia libertad de configuración del régimen público de Seguridad Social pero no hasta el punto de vaciar de contenido los elementos estructurales de la institución. Por tanto, el sentido de atribuir a la Seguridad Social la naturaleza de garantía institucional, no es otro que el de establecer un núcleo indisponible a la acción legislativa.

Sin embargo, y aún siendo la garantía institucional una doctrina de enorme interés para determinar los límites genéricos a la actuación del legislador, es indudable que este concepto no siempre ofrece la esperada eficacia frente a la intervención legislativa debido a las dificultades de concreción del contenido esencial de la institución que representa tal concepto. Baste reseñar, en este sentido, la jurisprudencia constitucional que admitiendo la garantía constitucional del derecho a la Seguridad Social, en concreto referido a la necesaria consideración del carácter público del sistema, admite la posible intervención de sujetos privados en dicha función protectora, siempre y cuando no alteren el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a las contingencias¹⁵¹. Se abre así una brecha en uno de los caracteres del sistema relativo a que la Seguridad Social sea una función exclusiva del Estado y tenga naturaleza pública.

Otro rasgo identificativo de la Seguridad Social, como el de la suficiencia de las prestaciones, también pierde su sentido originario como consecuencia de que las prestaciones contributivas no cumplan con el principio de proporcionalidad entre la renta pública de sustitución y la renta de activo, y ello, como se verá más adelante, porque el nivel contributivo se ha visto abocado a cumplir funciones asistenciales¹⁵². Relacionado directamente con esto habría que mencionar un principio básico del que tampoco se puede sustraer el legislador, a saber: el de irrevocabilidad o irreversibilidad del sistema, vinculado, especialmente, a la garantía de la suficiencia de la protección y relacionado con el articulado constitucional

¹⁴⁹ STC 32/1981, 28 julio (FJ 3).

¹⁵⁰ STC 126/1994, 25 mayo (FJ 5)

¹⁵¹ STC 37/1994, 10 febrero (FJ 4).

¹⁵² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 118. Como señala esta autora, “así ha ocurrido, ciertamente, en nuestro sistema puesto que, en base a rasgos propios asistenciales (sustancialmente, los principios de solidaridad y redistribución), se han introducido limitaciones importantes; entre éstas, baste indicar el establecimiento de topes máximos de las pensiones, la revalorización selectiva de éstas o la incompatibilidad de las pensiones y de éstas con percepciones en activo. Limitaciones hoy aceptadas por la jurisprudencia constitucional”, y que tienen una incidencia directa en la intensidad protectora de las prestaciones contributivas (*Ibidem*, p. 118).

relativo a los derechos sociales¹⁵³. Sin embargo, ese principio de irregresividad, que tendría también su apoyo en la normativa internacional, en la medida en que ésta exige el mantenimiento de un nivel de Seguridad Social satisfactorio, vendría a ser relativo, dado que permitiría una interpretación netamente garantista u otra mucho más dinámica y flexible¹⁵⁴. Así, el Tribunal Constitucional parecería admitir esa segunda opinión al entender que el legislador tiene libertad de configuración sobre el sistema de Seguridad Social. La garantía que debería preservar en todo caso es la de unos ingresos mínimos de subsistencia, de tal manera que mientras las prestaciones públicas sean suficientes en el sentido de garantizar un mínimo vital, éstas no podrían ser tachadas de inconstitucionales. De esta forma se ha interpretado por la doctrina, que el Tribunal Constitucional aceptaría como constitucional, la posibilidad de disminuir progresivamente las prestaciones otorgadas por el régimen público de Seguridad Social, en especial las contributivas, y al mismo tiempo endurecer los requisitos de acceso a las mismas, con la consecuencia inevitable de favorecer que el objetivo de proporcionalidad entre las rentas de activo y la prestación se cumpla a través del impulso del nivel complementario de la protección social, y más en concreto con los planes privados de pensiones¹⁵⁵.

En cualquier caso, nuestro sistema de Seguridad Social no puede desdeñar los deberes ineludibles a los que hacíamos alusión, con referencia a los compromisos internacionales adquiridos por España en su ratificación de la Carta Social Europea y del Convenio número 102 de la OIT. En base a ello, el Estado español queda obligado a “mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del convenio internacional del trabajo (número 102) sobre norma mínima de Seguridad Social” (artículo 12.2.) y “a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social” (artículo 12.3. de la Carta). Por tanto, el artículo 12.2. y 3. de la Carta Social Europea supone la exigencia de medidas legislativas para su ejecución allí donde el sistema español de Seguridad Social no haya

¹⁵³ Un análisis de los principios científicos de la irregresividad de las normas sociales en ZORRILLA RUIZ, M. M.^a y MANRIQUE LÓPEZ, F.: “Panorama del Derecho de la Seguridad Social. Un futuro incierto para el año 2000”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986, pp. 577-587.

¹⁵⁴ Se podrían admitir dos posturas: “desde aquella para la que de no mediar un régimen público de prestaciones de sustitución de rentas, limitándolo a la mera garantía de subsistencia, el desarrollo constitucional supondría una disminución de las responsabilidades del Estado respecto de la protección social, hasta la que entiende que la eliminación de unas prestaciones concretas a fin de proceder a un mejor ajuste de otras necesidades sociales o la reducción de la dosis de protección alcanzada por unos colectivos con vistas a amparar colectivos menos favorecidos no constituyen medidas sobre las que pueda recaer la tacha de inconstitucionalidad por irregresivas, o, dicho de otra forma, lo único irregresivo sería el desmantelamiento de un régimen público de Seguridad Social y su transferencia al sector privado” (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social...*, *op. cit.*, pp. 138-139).

¹⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y Privado...*, *op. cit.*, p. 103 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 140.

alcanzado las cotas del Convenio núm. 102¹⁵⁶. Y aún habría que añadir una obligación más del legislador ordinario derivada del artículo 9.2. de la Constitución Española al ordenar a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del disfrute de la libertad y la igualdad, reales y efectivas. Y en este sentido, la Seguridad Social es uno de los instrumentos necesarios en orden a hacer efectivos los derechos sociales de los ciudadanos.

En este orden de cosas se puede advertir que el espacio que queda a los instrumentos privados de previsión empieza a ser lo suficientemente amplio debido a dos aspectos: el primero, estaría relacionado con la interpretación dominante en la doctrina acerca de que el modelo constitucional de protección social no es un modelo acabado y definido que constriña las posibilidades de desarrollo, en un sentido o en otro, del legislador; y, el segundo, vendría referido al hecho de que el régimen público de Seguridad Social aún estando dotado de una serie de rasgos característicos que actúan como límites indisponibles para el legislador, estos son, en exceso, flexibles y modulables en función de la realidad social y económica del momento. Ambos aspectos, junto con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que no limitan una posible asistencialización de las prestaciones contributivas y los desarrollos legislativos en este sentido, que veremos a continuación, han contribuido a que las líneas de demarcación entre lo público y lo privado sean cada vez más difusas.

2. El derecho a las pensiones públicas: el retroceso en el ideal de cobertura en el proceso de reformas de la Seguridad Social

La Constitución, al no establecer una pauta clara en el camino a seguir para la consolidación de un concreto e indubitado modelo de Seguridad Social, va a favorecer una tensión continua entre las distintas formas de protección social, desde la Seguridad mínima, básica y obligatoria y desde la que ofrezcan los sistemas privados o externos al régimen público. Ello tiene una consecuencia evidente, y es que si los desarrollos legislativos posteriores a la Constitución otorgan prestaciones suficientes, la acción de los sistemas privados quedará limitada a colectivos muy reducidos; sin embargo, si la protección que dispense el régimen público es insatisfactoria, los sistemas voluntarios se extenderán tratando de ocupar el vacío dejado por esa Seguridad Social básica¹⁵⁷. La intercambiabilidad o interacción entre los sistemas de pensiones públicos o privados es manifiesta dado que las insuficiencias de la Seguridad Social, en términos

¹⁵⁶ ALVAREZ de la ROSA, M.: “El artículo 41 de la Constitución...”, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁷ Sobre esta interacción entre la seguridad social y las pensiones complementarias o suplementarias privadas se puede consultar MUNNELL, A. H.: *Aspectos económicos de los planes privados de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 22-45.

de lo que los ciudadanos estiman como deseable de sus derechos de pensión, no pueden más que suponer una retracción, un repliegue del régimen público obligatorio, favoreciendo de este modo el que se acuda al mercado previsional a completar el optimum de cobertura no satisfecho por el servicio público, imperfecto y en situación financiera crítica¹⁵⁸.

En este sentido, las reformas emprendidas desde la aprobación de la Constitución se sitúan en la línea de estimular la acción de los mecanismos privados, no sólo, como se verá, por la abierta promoción de fórmulas libres de aseguramiento, sino, y muy especialmente, por la adopción de medidas legislativas que revisan todo el aparato protector del sistema público de la Seguridad Social. Se trataría, en este punto, de comprobar en qué medida la intervención del legislador ha propiciado un retroceso en el ideal de cobertura de las pensiones públicas a través del proceso reformador que acontece con posterioridad a la aprobación de la CE. Aún cuando se haga referencia someramente a la legislación preconstitucional, en la medida en que se produce todo un debate acerca de la necesidad de reajustar el conjunto del sistema de la Seguridad Social a la nueva situación de crisis, nuestro objetivo es, más bien, el estudio del proceso reformador que sufre el sistema público de pensiones a partir de los años 80. Se trata de comprobar con ello cómo la acción reformadora del legislador ha modulado una Seguridad Social menos gruesa en su figura, lo que ha terminado por favorecer una mayor presencia de los mecanismos privados de la previsión.

2.1. La primera reforma de las pensiones en el contexto de la crisis de la Seguridad Social: la Ley 26/1985, de 31 de julio

Se han señalado más arriba las causas y motivaciones de la crisis de la Seguridad Social en los años ochenta. Momento es pues de analizar el proceso reformador y de ajuste de las políticas públicas de bienestar en España, en lo que a la rama de pensiones se refiere, toda vez que, como ya ha quedado apuntado, la expansión de la previsión privada nace de la reordenación del aparato protector de los sistemas públicos de pensiones. Una reformulación de la acción protectora que cabe situar, de inicio, en los Pactos de la Moncloa, dado que es a partir de esta fecha donde se da el pistoletazo de salida para una legislación motorizada y aluvional que, como se verá, va minando los cimientos de una Seguridad Social netamente garantista.

Es obvio que la preocupación creciente por la política de Seguridad Social y la expansión del gasto público derivada de aquella nace de la incidencia cada vez más acusada de la crisis económica de los 70 sobre el

¹⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y Privado...*, op. cit., p. 81.

sistema público de pensiones¹⁵⁹. Una primera respuesta a esta situación estuvo constituida por los Acuerdos de la Moncloa, dado que con ellos se trataba de dar respuesta a los graves problemas de financiación que presentaba el sistema español. Se trató a la postre de un primer intento de modernización del sistema público de Seguridad Social que tuvo como principal logro el poner de acuerdo a todas las fuerzas políticas representativas del momento. Pese a su escasa incidencia práctica, fue en el aspecto financiero donde se dejan notar las medidas adoptadas: reducción del incremento de las cotizaciones y aumento progresivo de las aportaciones del Estado, junto con la reducción de las transferencias negativas entre los presupuestos generales del Estado y los de la Seguridad Social. En todo caso, conviene señalar que gran parte de las líneas maestras del acuerdo no se llegaron a plasmar en la realidad, lo que convirtió a estos Acuerdos en un documento poco efectivo, en el que se advertía improvisación y un excesivo oportunismo¹⁶⁰.

Uno de los aspectos fundamentales de los Pactos de la Moncloa es que sirvió para impulsar todo un proceso de discusión sobre las diversas reformas a acometer para garantizar el futuro de la Seguridad Social; reflexión sobre el sistema público de pensiones que se traslada también a los sindicatos y organizaciones empresariales, convirtiendo a la Seguridad Social en un contenido fundamental de la concertación social y política¹⁶¹. La mayoría de las propuestas surgidas se debaten entre la necesidad de una reprivatización explícita y directa de parte del sistema público y la negativa de los sindicatos a proceder a una racionalización que conlleve una drástica reducción de los niveles de gasto social¹⁶².

En este contexto, y hasta la aprobación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social¹⁶³ se suceden una serie de medidas que caminan hacia una lenta y progresiva reestructuración del sistema público de Seguridad Social, dado que se produce una moderada pero silenciosa reducción en la extensión e intensidad de la protección como vía para contener el crecimiento del gasto¹⁶⁴. Nótese que la preocupación por los datos de la evolución de los gastos sociales derivados de las pensiones va a constituirse en una preocupación constante a lo largo de la década de los ochenta, siendo objeto de tratamiento en todos los estudios en los que se

¹⁵⁹ El *Libro Blanco* es el primer documento en el que se hace un diagnóstico de la situación de la Seguridad Social española, y en el que se apuntaban las líneas de actuación a seguir en el proceso de reforma del sistema público.

¹⁶⁰ VILLA GIL, L. de la: "La reforma del derecho...", *op. cit.*, p. 20.

¹⁶¹ CRUZ ROCHE, I.; DESDENTADO BONETE, A. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Política social y crisis...*, *op. cit.*, p. 185.

¹⁶² De forma detallada en VILLA GIL, L. de la: "La reforma del derecho...", *op. cit.*, pp. 18-30.

¹⁶³ BOE 1 agosto 1985.

¹⁶⁴ Se da cuenta de ello en CRUZ ROCHE, I.; DESDENTADO BONETE, A. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Política social y crisis...*, *op. cit.*, pp. 207-209.

aborda la necesidad de reformar el sistema público de Seguridad Social¹⁶⁵. Se trata de análisis empíricos, fundamentados sobre la base de determinadas proyecciones demográficas y económicas para el nuevo siglo, que empiezan a sembrar la voz de alarma en relación a la crisis financiera de las pensiones públicas¹⁶⁶. Bajo esta situación surge la Ley 26/1985, la denominada Ley de Pensiones, que va a suponer en la práctica una reducción generalizada en la cuantía inicial de las pensiones de vejez e invalidez, así como un endurecimiento de los requisitos legales de acceso a la pensión¹⁶⁷. Para la jubilación se incrementó el periodo de carencia exigido de 10 a 15 años y se extendió de dos a ocho años el periodo para obtener la base reguladora de la prestación. Con dicha Ley, se trató de lograr una situación de saneamiento económico y se dio un paso claro, cierto y decidido en pro del recorte de la protección social dentro del sistema público de Seguridad Social.

Con la reforma de 1985 se abrían paso dos elementos fundamentales del proceso reformador: por un lado, se ponía en marcha un ajuste financiero¹⁶⁸ en línea con el objetivo de favorecer una paulatina reducción del gasto en pensiones, todo ello a través de un claro endurecimiento de las condiciones de acceso y muy especialmente por el reforzamiento del principio contributivo en el caso de la pensión de jubilación, cuya cuantía se hacía depender cada vez más de las cotizaciones previamente efectuadas al sistema¹⁶⁹, lo que entrañaba un riesgo evidente de expulsión de futuros pensionistas al no crearse mecanismos compensadores¹⁷⁰; por otro lado, se sentaban las bases ideológicas e institucionales para el impulso de los sistemas complementarios privados de pensiones con la aprobación de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones, cuya gestación se prolongó durante los ocho años precedentes a su publicación. Pero además, con la Ley de pensiones, se adoptaba la primera medida que apuntaba ya las líneas de tendencia de futuro en el

¹⁶⁵ Una síntesis de estos estudios en el debate de la reforma de las pensiones en GONZALO GONZÁLEZ, B.: "El debate actual para la reforma de las pensiones", *Temas Laborales*, núm. 40, 1996, pp. 87-106.

¹⁶⁶ LÓPEZ GANDÍA, J. y OCHANDO CLARAMUNT, C.: "Crisis económica y Estado de Bienestar. Últimas reformas del Sistema Público de Pensiones", *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, pp. 80-81.

¹⁶⁷ OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid, Comité Económico y Social, 1997, p. 97. Por efecto de la reforma de la Ley 26/1985 se produjo una reducción del 12 por 100 en las nuevas pensiones de jubilación e invalidez del Régimen General. Cfr. DURÁN HERAS, A.: "El sistema público de pensiones", *Fundación Empresa Pública*, 1994, p. 39.

¹⁶⁸ Se trataba con esta norma de sentar las bases de lo que se convertiría en un proceso de reforma gradual y permanente de la Seguridad Social que, partiendo del nivel de protección social alcanzado, corrigiera las desviaciones y desequilibrios que ponían en peligro el sistema (ECHEZARRETA GONZÁLEZ, B. y TRULLOS LANCHO, S.: "Comentarios a la Ley 26/1985, de 31 de julio, sobre reforma del sistema de la Seguridad Social", *Actualidad Laboral*, núm. 47, 1985, p. 2345).

¹⁶⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: "La Ley de Reforma de Pensiones de 1985", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986, p. 57.

¹⁷⁰ DESDENDATO BONETE, A.: "La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el proyecto de ley de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social*, núm. 25, 1985, p. 90.

proceso reformador general del sistema de la Seguridad Social: en primer lugar, se daba un primer paso a favor del principio contributivo, lo que con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social¹⁷¹, se traduciría en una apuesta clara por su reforzamiento, con la consecuencia de acentuar, sobre todo a través de la separación de las fuentes de financiación, los perfiles asegurativos del sistema¹⁷²; en segundo lugar, y en relación con lo anterior, se hizo necesaria la organización de un conjunto de mecanismos asistenciales que hasta ese momento no existían, por lo que se vislumbraba de esta forma una clara asistencialización del sistema, tanto por el mandato constitucional contenido en el artículo 41 como por las mayores dificultades de acceso a las prestaciones contributivas a partir de la Ley 26/1985; por último, se apuntaba ya de una manera más nítida una clara tendencia privatizadora por efecto de la continua revisión del aparato protector del sistema público de pensiones.

Especial interés, en esa pugna entre formas privadas y públicas a la que nos estamos refiriendo, tiene la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas¹⁷³. Así, la creación de un nivel público de prestaciones no contributivas tendría una cara oculta o perversa en el sentido de que podría representar el primer paso para favorecer un sistema asistencialista fuerte en detrimento de la parte contributiva, de tal manera que pudiera liberar de cargas a las empresas y así incentivar en su seno la adopción de planes de pensiones. Aún cuando quizás en esos momentos no era esa la pretensión de la norma citada, entre otras razones, por la propia insuficiencia objetiva y subjetiva de la ley, al no llegarse a integrar el nivel asistencial de desempleo y centrarse únicamente en las pensiones de vejez, invalidez y prestaciones familiares por hijo a cargo¹⁷⁴, lo cierto es que este deficiente desarrollo de las prestaciones no contributivas, junto con la revisión a la baja de la intensidad protectora de las prestaciones contributivas, con la consiguiente falta de proporcionalidad con los ingresos reales del trabajador, marcaba una clara línea de tendencia *pro futuro* a favor de la creación de un espacio social amplio de previsión en materia de pensiones a ocupar por la iniciativa privada.

¹⁷¹ BOE 16 julio 1997.

¹⁷² LÓPEZ GANDÍA, J.: “El Acuerdo para la mejora y desarrollo del Sistema de Protección Social. La renovación del Pacto de Toledo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 14, 2001, p. 33.

¹⁷³ BOE 22 diciembre 1990.

¹⁷⁴ Sobre estas carencias, *vid.* FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “La necesaria reforma estructural del Sistema de Seguridad Social”, *Tribuna Social*, núm. 116-117, pp. 17-18. Como señala GONZALO GONZÁLEZ la creación de las prestaciones no contributivas tan sólo supuso “un *progreso formal* (de reordenación de las antiguas y diversas ramas de la protección social pública), pero en modo alguno un *progreso material* (o de contenidos asistencialistas)” (“El debate actual...”, *op. cit.*, p. 92). En idéntico sentido, FUENTE LAVÍN, M. de la: *El sistema de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 193-194.

En definitiva, se trata, a la postre, del inicio de un conjunto de reformas que no van a tener como objetivo la construcción coherente de un nuevo modelo de relaciones entre los diferentes mecanismos protectores, públicos o privados. No era esa la pretensión de la Ley 26/1985 pero tampoco lo será la del resto de las normas racionalizadoras que acontecen con posterioridad. La consecuencia, de todo ello es el inicio de una preocupante descoordinación de los regímenes públicos de pensiones con los planes privados, e incluso de éstos entre sí. Con este modo de actuar, no se tenía en cuenta la trascendental interacción entre el sistema de Seguridad Social y los sistemas privados de pensiones¹⁷⁵.

2.2. La nueva reorganización del sistema de Seguridad Social: del Pacto de Toledo a la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización

Tras un período de adaptación a las reformas acometidas en los ochenta, volvió a resurgir con fuerza, a principios de la década de los noventa, el debate sobre la sostenibilidad financiera del sistema de la Seguridad Social. Precisamente, no se trataba de una discusión distinta de la anterior, muy al contrario, el objeto de la misma volvió a ser la viabilidad económica de las pensiones, siendo el marco de referencia el mismo que el de la década precedente: una situación de recesión que afectaba a la economía española y que volvía a generar incertidumbre en el futuro de las pensiones¹⁷⁶. Ante esta situación empiezan a aparecer numerosos trabajos que tienen como objeto de estudio el futuro del sistema español de pensiones, y en los que se hace especial hincapié en la necesidad de acometer una serie de reformas ineludibles dada la deficiente estructura financiera del sistema público de Seguridad Social¹⁷⁷. Bajo esta

¹⁷⁵ A ello se han referido TAMBURI, G. y MOUTON, P.: “El precario deslinde de regímenes privados y públicos de pensiones”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 105, núm. 2, 1986, pp. 145-160.

¹⁷⁶ Así, asistimos a una discusión sobre la quiebra de la Seguridad Social que ha terminado por convertirse en algo cíclico, “apareciendo y desapareciendo en paralelo y en la misma dirección que los movimientos cíclicos de la economía española” (LÓPEZ GANDÍA, J. y OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Crisis económica...”, *op. cit.*, p. 75).

¹⁷⁷ Como ejemplos, se pueden citar, entre otros, los siguientes: BANCO MUNDIAL: *Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. Informe del Banco Mundial sobre Investigaciones relativas a políticas de desarrollo*, Washington, Banco Mundial, 1995; BAREA TEJEIRO, J.: “Gasto Público en pensiones”, *Papeles de Economía Española*, núm. 37, 1988; VV. AA. (Barea, J. dir.): *El sistema de pensiones en España: análisis y propuesta para su viabilidad*, Madrid, Círculo de Empresarios, 1995; BAREA, J.; CARPIO, M. y DOMINGO, E.: “El futuro de las pensiones en España. Comentarios al Pacto de Toledo”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 95, 1995; VV. AA. (Barea, J. y González-Páramo, J. dirs.): *Pensiones y prestaciones por desempleo*, Madrid, Fundación BBV, 1996; VV. AA. (Herce, J. A. y Pérez-Díaz, V. dirs.): *La reforma del sistema público de pensiones en España*, Barcelona, Servicios de Estudios La Caixa, Colección Estudios e Informes, núm. 4, 1995; MINISTERIO DE TRABAJO y SEGURIDAD SOCIAL: *La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI. Estudio económico-actuarial*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995; y MONASTERIO, C. y SUÁREZ, J.: “Gasto social en pensiones”, *Hacienda Pública Española*, núm. 120-121, 1992. Un análisis pormenorizado de éstos y otros documentos de reforma en GONZALO

doble presión, en lo que se refiere a la coyuntura económica del momento, por un lado, y en cuanto a los planteamientos alarmistas que se predicán desde los estudios citados, por otro, surge en este nuevo contexto de crisis una nueva respuesta en forma de opción de política legislativa: nos referimos al llamado “Pacto de Toledo”, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en abril de 1995¹⁷⁸.

En todo caso, y antes de analizar el contenido del Pacto, conviene reparar en el modo en que cristaliza el mismo y en que medida sus recomendaciones siguen teniendo hoy una importancia decisiva en la configuración del modelo legal de reforma de la Seguridad Social. Y así, habría que tener en cuenta que de una u otra manera el Pacto de Toledo es fruto de un más que dudoso determinismo económico que tiene su origen en las políticas de ajuste neoliberales que se van imponiendo en la década de los ochenta. La opción neoconservadora –de los gobiernos del Reino Unido (Tatcher) y Estados Unidos (Reagan)- aboga por relevar al Estado social en sus funciones, de manera que la provisión de bienestar y la regulación de las relaciones económicas se sometan a los designios del mercado. Y así, en materia de financiación de pensiones, se defiende explícitamente la sustitución de un sistema de reparto por otro de capitalización, así como un mayor protagonismo de la iniciativa privada en la gestión de las políticas públicas, cuando no por su desmantelamiento. Se trata de una opción que se va incorporando al debate de la reformas de las pensiones en España de tal modo que la mayoría de los documentos revisionistas a los que se ha hecho alusión con anterioridad vienen a recoger propuestas de signo privatizador, postulando medidas reformistas que ya aparecían en el Informe de la OCDE de 1980, titulado “El Estado protector en crisis”. Precisamente, la conjunción de estos dos aspectos, el cambio de modelo en lo que a las transformaciones del Estado social se refiere, por un lado, junto con una particular visión apocalíptica de los factores desencadenantes de una posible quiebra de la Seguridad Social en el futuro, por otro, han ido favoreciendo una lenta pero inexorable aceptación de la inevitabilidad de las reformas en curso y muy especialmente, de la privatización de parte de las políticas públicas de bienestar, entre ellas la de las pensiones.

Bajo esta situación, en la que se va imponiendo el elemento económico-financiero por encima de otras consideraciones, nace el Pacto de Toledo, que asumiendo la gravedad de los factores de crisis que pueden amenazar en el futuro el sistema público de Seguridad Social¹⁷⁹, aboga

GONZÁLEZ, B.: “El debate actual...”, *op. cit.*, pp. 87-123 y LÓPEZ GANDÍA, J. y OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Crisis económica...”, *op. cit.*, pp. 75-98.

¹⁷⁸ BOCG, Serie E, Núm. 134, 12 abril 1995.

¹⁷⁹ Se indicaba en el *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse* (Pacto de Toledo) que la evolución presupuestaria de la Seguridad Social se agravaría como consecuencia del envejecimiento de la

finalmente por el mantenimiento del sistema de reparto como método de financiación. Pero lo verdaderamente significativo de la aprobación de este acuerdo político es que asume un proceso de maduración a largo plazo del sistema de Seguridad Social que ha favorecido, como se verá, la transición hacia un modelo normativo de protección social más asistencialista y de perfiles asegurativos. En efecto, siendo fiel a algunos de los postulados reformistas de los noventa, el Pacto de Toledo, como luego las reformas posteriores, tienen un marcado carácter racionalizador, teniendo como objetivo principal la consecución del equilibrio financiero del sistema de provisión de pensiones públicas. De este modo, a partir de las Recomendaciones del Pacto y a través de las políticas reformistas se va gestando un modelo menos expansivo de Seguridad Social, dado que en cada reformulación del sistema público de pensiones se hacen prevalecer los determinismos económicos y demográficos harto conocidos frente a los requerimientos constitucionales, las nuevas necesidades sociales a cubrir y la posible corrección de disfunciones y defectos estructurales del sistema¹⁸⁰.

Precisamente, un breve análisis del contenido del Pacto pone de manifiesto estos aspectos apuntados. En primer lugar, se aboga por establecer un modelo de Seguridad Social viable financieramente desde una posición loable: la de la defensa de un sistema público de pensiones que tenga como método de financiación el sistema de reparto frente a la demanda que se hacía desde diferentes sectores consistente en favorecer una transición del modelo hacia un sistema de capitalización a la chilena. Se rechaza, en clara sintonía con lo anterior, la posibilidad de que el sistema se limite a proporcionar pensiones mínimas. Al contrario, se quiere garantizar, como no podía ser de otra manera en función del mandato constitucional del art. 41 CE, la provisión de pensiones suficientes. Bajo estas premisas se defiende la articulación de un sistema de prestaciones económicas que comprenda como modalidades de protección: una modalidad contributiva de carácter público y obligatorio, que se financie a través de cotizaciones sociales y que otorgue rentas de sustitución; una modalidad no contributiva, dirigida a compensar la ausencia de rentas de los ciudadanos que se encuentran en situación de necesidad, financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, mediante transferencias al Presupuesto de la Seguridad Social; y, finalmente, el modelo de provisión se cerraría con lo que el Pacto denomina como prestaciones complementarias de naturaleza libre y gestión privada, a las que pueden acceder quienes voluntariamente deseen completar las prestaciones del sistema público. Con este compromiso de defensa institucional del sistema

población española, a causa del aumento del paro y a causa de la estructura financiera del sistema de la Seguridad Social española fundamentado en un régimen de reparto.

¹⁸⁰ GETE CASTRILLO, P.: "La Ley de Consolidación y Racionalización...", *op. cit.*, p. 424.

público de pensiones, rubricado por todos los partidos políticos con representación en el Congreso de los Diputados, se conseguía hacer del Pacto de Toledo un auténtico acuerdo político de mínimos que eliminara cualquier ambición partidista de convertir las pensiones en arma electoral. Al mismo tiempo, se clausuraba el debate en torno a las ambiciones reformistas más alarmistas que preconizaban una reforma profunda de la Seguridad Social.

Nada que decir hasta aquí dado que se refrenda un modelo teórico, público y suficiente en sus prestaciones, sin embargo son las Recomendaciones que el propio Pacto contiene las que esconden un discurso racionalizador y en las “que se proyecta la sombra de una cierta aceptación de los problemas demográficos y del gasto excesivo”¹⁸¹. En efecto, en las propuestas del Pacto se establecen una serie de medidas a desarrollar legislativamente que tienen como finalidad asegurar la estabilidad financiera del sistema: nos referimos a la separación de las fuentes de financiación, la constitución de un fondo de reserva con los excedentes coyunturales de las cotizaciones, la aplicación gradual de un único tipo de cotización, la posible reducción de las cotizaciones sociales, la mejora de la recaudación, el tratamiento de la edad de jubilación, así como el impulso a los sistemas complementarios de carácter privado. Se acepta con el conjunto de estas medidas la lógica del cambio que es la lógica de contención del gasto para conseguir el objetivo de equilibrar financieramente el sistema de Seguridad Social¹⁸². Y bajo esa premisa de racionalización técnica y económica se enuncia todo un programa reformador que, aún cuando tenga por finalidad consolidar el modelo actual, no hace sino reafirmar el imperativo de la economicidad en la modulación del mismo. Y así, el reforzamiento del principio de solidaridad y de garantía de suficiencia a los que alude la Recomendación Duodécima se hace depender de la situación financiera del momento; la potenciación del principio contributivo de la Recomendación Novena favoreciendo una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado corre el riesgo de desviar la aplicación de la contributividad predicable del sistema hacia lo individual, contractualizando de esta forma el disfrute de las prestaciones; en fin, el estímulo de los sistemas complementarios privados y externos a la Seguridad Social como un elemento más de consolidación del modelo de protección social renunciando a la idea de articular la previsión voluntaria a través del propio sistema institucional público.

Pero, en todo caso, el Pacto de Toledo marcaba unas líneas de actuación que en sí mismas no representaban un mandato claro e indubitado acerca del tipo de reformas a acometer, pese a que con él se tratara de instaurar un modelo de racionalización sistémica y de carácter

¹⁸¹ LÓPEZ GANDÍA, J. y OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Crisis económica...”, *op. cit.*, pp. 87-88.

¹⁸² MONEREO PÉREZ, J. L.: “El futuro del sistema de pensiones...”, *op. cit.*, p. 219.

finalista¹⁸³. Se estaba, más bien, ante un acuerdo en el que podían darse profundas divergencias y conflictos sobre el tipo de reformas concretas a desarrollar. A esta incertidumbre había que añadir el hecho de que desde el Pacto de Toledo se exigía de un proceso de reflexión que condujera a la adopción de medidas legislativas que contaran con el mayor respaldo político posible y en el que se diera cabida a los agentes sociales. Se convertía a la reforma de las pensiones en política de concertación social. Y precisamente, en esa línea de negociación y consenso entre los agentes políticos y sociales que marca el Pacto, surge la primera intervención legislativa fruto del Acuerdo sobre consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, firmado el 9 de octubre de 1996 por los sindicatos CC. OO. y UGT¹⁸⁴. Así, nos referimos a la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que plasma legislativamente los compromisos adquiridos por el Gobierno con los sindicatos firmantes del Acuerdo de 1996. En lo que aquí interesa al objeto de este estudio, cabe decir que con esta actuación legislativa se da un primer paso en configurar de un modo más evidente el modelo legal de reforma de la Seguridad Social del cuál se advierte debe transitar por el camino de la contención presupuestaria y del gasto. Y así, con la encomiable finalidad de despejar dudas sobre la supuesta inviabilidad del régimen financiero de la Seguridad Social la reforma termina por afectar a la acción protectora del sistema al rebajar la calidad de las prestaciones, especialmente la de jubilación. En efecto, con respecto a esta contingencia la Ley 24/1997 amplió el período a tener en cuenta a efectos de la determinación de la base reguladora (de 8 a 15 años) y rebajó el porcentaje a aplicar para la obtención de la cuantía de la pensión para el supuesto de los jubilados con el mínimo de cotización exigido (se pasó de un 60 por 100 a un 50 por 100). Nos encontrábamos, de nuevo, ante una medida que en línea con lo establecido en el Pacto de Toledo tenía como objetivo la introducción de mayores elementos de contribución y proporcionalidad en el acceso y determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, a fin de que las prestaciones económicas sean reflejo del esfuerzo de cotización realizado previamente y se posibilite una mayor equidad en las pensiones¹⁸⁵. Siendo esto así, convendría tener en cuenta que los efectos de la medida de ampliación del período de cómputo no es un argumento suficiente para defender sus efectos positivos sobre el

¹⁸³ *Ibidem*, p. 220.

¹⁸⁴ Quedó al margen del Acuerdo la CEOE al no ver atendidas sus peticiones, *vid.* ANALISTAS DE RELACIONES LABORALES: “Disentimientos y negociaciones”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 1996. Un estudio exhaustivo del Acuerdo en BLASCO LAHOZ, J.: *La reforma de la Seguridad Social...*, *op. cit.*, pp. 91-103. También, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: “De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 81, pp. 5-39.

¹⁸⁵ Apartado 4º de la Exposición de Motivos de la Ley 24/1997, de 15 de julio.

sistema, especialmente en lo que a la equiparación entre contribuciones y prestaciones se refiere¹⁸⁶. Por un lado, aún cuando alargar dicho período pueda fortalecer el principio contributivo¹⁸⁷ y proteger mejor a las personas que sufren una pérdida de rentas al final de su vida profesional, no cabe duda de que con ello no se despejan las dudas con respecto a otras situaciones, especialmente con respecto a quiénes gocen de una estabilidad en la empresa y progresen salarialmente o para los que presenten irregularidades (desempleo, etc.) a lo largo de su vida laboral. En definitiva, actuar sobre la base reguladora ampliando o acortando el período de cómputo sin tener en cuenta la carrera laboral real, no sirve para ponderar adecuadamente el período cotizado y lograr, de este modo, una mayor equidad del sistema. Más bien, este modo de actuar termina por afectar al importe de la pensión, admitiéndose que, aún cuando la ampliación tiene una repercusión distinta según la posición de los beneficiarios en el mercado de trabajo, finalmente se produce una pérdida neta del derecho a la pensión¹⁸⁸. Así, se ha comprobado empíricamente que el efecto general de la reforma sería una disminución de las pensiones iniciales y, por tanto, una reducción del gasto en pensiones contributivas¹⁸⁹. Del mismo modo, el alargamiento del período de referencia para el cálculo de la base reguladora y la reducción de los porcentajes de la escala para los primeros años de cotización suponen una reducción de las pensiones iniciales¹⁹⁰.

Pero, en todo caso, convendría volver a la justificación teórica de la ampliación del período computable para hallar la base reguladora de la pensión de jubilación dado que en la idea de reforzar el principio de contributividad se está favoreciendo, al menos de modo indirecto, una recuperación del modelo asegurativo clásico en el nivel contributivo. En efecto, la necesaria relación entre el esfuerzo de cotización realizado por el sujeto y la prestación final; la aplicación, en suma, del juego combinado de

¹⁸⁶ Así, tanto la utilización de 15 como de otra serie mayor o menor que no coincida con los años efectivos de cotización del beneficiario, son aleatorios. De este modo, el efecto de penalización se advierte con claridad en el caso de un trabajador con treinta años de cotización que hubiera cotizado por las bases mínimas durante los últimos quince años y por bases superiores en los años anteriores. Pero también en el supuesto de cómputo a partir de toda la vida laboral teórica si se dan en el trabajador irregularidades no voluntarias en la carrera de seguro (DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la Ley 24/1997”, *Tribuna Social*, núm. 95, 1998, p. 15).

¹⁸⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: “El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Seguridad Social)*, núm. 4, 1997, p. 53.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ i CALVET, J.: “Reforma y futuro del sistema de protección social”, *Mientras Tanto*, núm. 67, 1996-1997. En idéntico sentido, TORTUERO PLAZA, J. L.: “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa”, *Tribuna Social*, núm. 107, 1999, p. 25.

¹⁸⁹ BLANCO ÁNGEL, F.: “El sistema público español de pensiones de jubilación: principales desafíos y evolución reciente”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 56, núm. 3, 2002, p. 72.

¹⁹⁰ Cfr. DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma de la pensión contributiva...”, *op. cit.*, p. 15. En el mismo sentido, BANDRÉS, E. y CUENCA, A.: “Equidad intrageneracional en las pensiones de jubilación. La reforma de 1997”, *Revista de Economía Aplicada*, núm. 18, 1998.

la proporcionalidad, la equidad y la contributividad¹⁹¹, no debe suponer una restauración del principio sinalagmático o de directa correspondencia o reciprocidad entre lo que se ha cotizado y lo que se ha obtenido en forma de prestación, dado que es algo que no cabe en materia de Seguridad Social. El nexo entre cotización y prestación que se da en una relación contractual no puede trasladarse de forma automática al régimen legal de la Seguridad Social¹⁹². Así, el que se postule con la reforma la plena equivalencia entre prestaciones y cotizaciones valdría para un sistema de capitalización, pero resulta más discutible en un sistema de reparto¹⁹³ en el que el derecho a la pensión no nace de la cotización, sino que encuentra su causa directamente en el deber público de protección¹⁹⁴.

En idéntico sentido, la separación de las fuentes de financiación de los brazos contributivo y no contributivo que la Ley 24/1997 implantó¹⁹⁵ ha venido a desdibujar el principio de solidaridad aplicable a todo el sistema, ya que lo que se impone con la separación financiera es que las prestaciones no contributivas de ningún modo pueden financiarse con cargo a cotizaciones sociales¹⁹⁶. Con ello se alimenta la falsa idea de que el citado principio tan sólo juega para la parte no contributiva haciendo que lo contributivo opere sobre un perfil más actuarial consistente en que cada cual se asegura el derecho a obtener prestaciones mediante el esfuerzo de una cotización previa e individual¹⁹⁷. De este modo se estaría potenciando una separación de los dos subsistemas, el contributivo, por un lado, y el asistencial, por otro, atendiendo cada uno a lógicas de protección distintas en función del modo de financiarse, favoreciendo en el nivel contributivo una mayor presencia de la lógica asegurativa¹⁹⁸. Y así, aún cuando la separación financiera pudiera servir como un instrumento de clarificación contable¹⁹⁹ que permitiera hacer más transparente el proceso de asignación de los recursos, no cabe olvidar que la financiación de la Seguridad Social es tripartita, mediante aportaciones de los trabajadores, de sus empresas y del propio Estado, y que sirve para atender el deber público de protección con independencia de la existencia en paralelo de pensiones asistenciales o

¹⁹¹ APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 42.

¹⁹² STC 134/1987, 21 julio (FJ 4).

¹⁹³ DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma de la pensión contributiva...”, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁴ GETE CASTRILLO, P.: “La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente...”, *op. cit.*, p. 441.

¹⁹⁵ Así, las prestaciones contributivas se financiarán básicamente con las cuotas –cotizaciones– de las personas obligadas –las que ejercen una actividad profesional– y las no contributivas mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social.

¹⁹⁶ APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Financiación de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, pp. 230-231.

¹⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2001, p. 18.

¹⁹⁹ SÁNCHEZ FIERRO, J.: “La financiación de la Seguridad Social y el Pacto de Toledo: Desarrollo legislativo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Seguridad Social)*, núm. 4, 1997, p. 28.

no contributivas²⁰⁰. Cabe decir, en este sentido, que el criterio de selección de riesgos, la localización de grupos y la determinación de la pensión en función de lo cotizado que sirven de fundamento a la Ley 24/1997 pueden tener una eficacia limitada para cubrir situaciones laborales caracterizadas por una creciente inseguridad económica. Se trata de principios que valen para el seguro privado pero que pueden dejar fuera a una parte importante de la población a cubrir²⁰¹.

De todos estos aspectos de la reforma, tanto en lo que se refiere al tratamiento de la cuantía de la pensión de jubilación como a la distinta lógica de financiación de las prestaciones, se puede apreciar una tensión entre lo asistencial y contributivo que termina por afectar al modo en que se va perfilando el sistema. Y así, aún siendo loable la necesidad de favorecer una mayor proporcionalidad en la jubilación, dicha medida puede dificultar el acceso a determinados colectivos y lo que será más frecuente, como consecuencia del alargamiento del período de cómputo se puede producir una rebaja de las pensiones. Esa tendencia gradual a la reducción de la cuantía exigirá de una mayor implantación de mecanismos asistenciales. De este modo, al someter la parte contributiva a mayores y más estrictos ajustes financieros se acentúa el carácter asistencial de la protección que dispensa el sistema, dado que son cada vez mayores las necesidades de protección de los ciudadanos al no poder acceder a las prestaciones contributivas. Asimismo, debido a la separación de las fuentes de financiación se le ofrece al ciudadano de modo indirecto una visión distorsionada de una realidad, cuál es el que su prestación contributiva es fruto, como si de una relación contractual se tratara, de una estricta reciprocidad entre el esfuerzo de cotización realizado y la prestación obtenida. Y así, la separación financiera acompañada de los criterios de contributividad, equidad y proporcionalidad, tal y como son entendidos en la reforma, al introducir la lógica del seguro en su parte contributiva hacen emerger una visión menos colectiva del sistema favoreciendo, al contrario, una ética individualista²⁰².

Por otro lado, y en la línea de reforma de la acción protectora del sistema, la Ley 24/1997 también actuaba sobre la incapacidad permanente, pudiendo destacarse la forma de determinar y calificar la incapacidad, que pasaba a clasificarse en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado conforme a una lista de enfermedades aprobada reglamentariamente. De este modo, los tipos de incapacidad mantenían la misma denominación—parcial, total, absoluta o gran invalidez—pero era el modo de calificar la invalidez lo que sufría una importante

²⁰⁰ BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, Madrid, Comité Económico y Social, 1998, p. 210.

²⁰¹ SALVADOR CIFRE, C.: “Niveles de cobertura y garantía de seguridad económica”, en VV. AA. (Ochando, C.; Salvador, C. y Tortosa, M.^a A. eds.): *El sistema público de...*, op. cit., pp. 80-81.

²⁰² APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social...”, op. cit., p. 50.

variación. Y así, la calificación en uno u otro grado se hacía depender de dos aspectos: en primer lugar, del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se estableciera y, en segundo lugar, del efecto invalidante valorado en el marco del grupo profesional a que pertenece el interesado. En este sentido, la reforma tenía una finalidad clara de reaccionar frente a las situaciones de discrecionalidad que se producían a la hora de calificar el tipo de invalidez, ya que lo que ahora se determina en sede reglamentaria antes se llevaba a cabo por el operador jurídico correspondiente (gestor administrativo o juez)²⁰³. Aún siendo comprensible esta posición, la nueva referencia a la “lista de enfermedades” y al baremo correspondiente, como a lo indeterminado del grupo profesional no introducen una mayor seguridad jurídica en el modelo de regulación de esta contingencia²⁰⁴. Al contrario, en este modo de configurar la incapacidad permanente late el intento, más sutil si cabe que para la pensión de jubilación, de modular esta prestación de manera más restrictiva, tratando de conseguir con ello un doble objetivo: reducir el número de prestaciones de incapacidad permanente²⁰⁵ y, en consecuencia, reequilibrar financieramente el sistema de Seguridad Social, así como fomentar el empleo o el mantenimiento del mismo, ejerciendo un mayor control en el acceso de la prestación²⁰⁶.

Finalmente, un tercer proceso, por vía indirecta, de desmantelamiento de los niveles protectores de la Seguridad Social se ha observado a partir de la idea de la racionalización y consolidación del sistema en materia de gestión y financiación. Y así, en materia de incapacidad temporal las reformas se han caracterizado por el control del excesivo gasto, que se hacía difícil por el posible fraude, a través de la reducción de la cuantía y la duración de la prestación y la privatización de algunos aspectos, como la obligación por parte del empresario de abonar parte de la prestación y la ampliación de las posibilidades de colaboración de las empresas y las

²⁰³ DESDENTADO BONETE, A.: “La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Seguridad Social)*, núm. 4, 1997, p. 71.

²⁰⁴ A ello aludía CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, quién entendía que la reforma era “excesivamente drástica y poco meditada”, dado que se corría el riesgo de aumentar la litigiosidad, que era lo que se quería evitar, y ello por la elaboración de una lista de enfermedades en extremo compleja y por la inseguridad que se podía generar en la aplicación de los grupos profesionales (“Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, p. 375).

²⁰⁵ La preocupación acerca de la incidencia del crecimiento de las pensiones de invalidez sobre el gasto ha sido una constante, sobre todo a partir del aumento considerable de este tipo de prestaciones en el período 1973-1985, en el que se pasa de un 2,8 del PIB a un 7,2. *Vid.* DESDENTADO BONETE, A.: “La protección de la incapacidad permanente en...”, *op. cit.*, p. 66.

²⁰⁶ RODRÍGUEZ BEA, E. y ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Diversas líneas de actuación legislativa en las recientes reformas de nuestro sistema de Seguridad Social”, en VV. AA.: *Pensiones Sociales. Problemas y Alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p. 48.

Mutuas. En materia de desempleo, también se reduce la cuantía de las prestaciones y se da un mayor endurecimiento en los requisitos de acceso a las mismas. Se trata de medidas que tienen como finalidad sanear las cuentas del Estado, y de esa forma consolidar el sistema de Seguridad Social, pero que como se ha expuesto, dichas medidas tienen claros efectos de restricción de la acción protectora del régimen público de Seguridad Social ya que terminan por afectar al nivel de las prestaciones²⁰⁷.

Apreciadas en su conjunto, las actuaciones legislativas desarrolladas muestran un proceso reformador en exceso preocupado por la amenaza permanente de la inviabilidad financiera del sistema, de ahí que las medidas de actuación incidan en los niveles de cobertura de modo que éstos no crezcan más allá de las previsiones presupuestarias. Se trata de un proceso de reformas progresivo, gradual que no obedece a un planteamiento de conjunto sino a necesidades perentorias y, en ocasiones, de puro oportunismo, pero que de forma silenciosa va perfilando un modelo de Seguridad Social menos garantista y que atiende menos a las necesidades de conjunto del sistema. En todo caso, y aún siendo importantes los efectos de la reforma de 1997, lo cierto es que las medidas adoptadas por la norma citada son únicamente el primer paso de otros muchos que a continuación se comentan y que incidirán en una paulatina reducción del ámbito y nivel protector del sistema público, con la consiguiente apertura de espacios al nivel privado de protección²⁰⁸.

2.3. Las últimas reformas legislativas: nuevos desarrollos del Pacto de Toledo

La tercera fase en el conjunto de las reformas de la Seguridad Social española se inicia con el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social²⁰⁹, firmado el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, CCOO, CEOE y CEPYME, quedando fuera del mismo la central sindical UGT. Se daba continuidad, por tanto, a la idea de hacer de la política de pensiones una materia objeto de concertación social. Ese es el espíritu del

²⁰⁷ Como ha señalado GARCÍA MURCIA, contempladas desde la perspectiva de la posible extensión de las pensiones privadas, dichas medidas “han supuesto una liberación de espacios de protección y una llamada indirecta a la utilización de medios complementarios para suplementar la acción desarrollada por el sistema público. Son medidas que, cuando menos, tratan de transmitir a la población la idea de que las posibilidades financieras del sistema no son limitadas, por lo que puede valer la pena planificar una mejora de las prestaciones básicas mediante instrumentos de carácter complementario” (“El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 177).

²⁰⁸ FUENTE LAVÍN, M. de la: *El sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 209.

²⁰⁹ Con anterioridad se pueden citar otros de interés, como el Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad de 13 de noviembre de 1998 y el de revalorización de las pensiones mínimas del Sistema de Seguridad Social de 16 de septiembre de 1999, ambos suscritos por el Gobierno y los sindicatos CCOO y UGT. El primero de ellos dio lugar a la reforma de la regulación del trabajo a tiempo parcial, a través del Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre de medidas urgentes para la mejora del mercado del trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad (BOE 28 noviembre 1998) y el RD 144/1999, de 29 de enero (BOE 16 febrero 1999); y el segundo se incorporó a la Ley de presupuestos del año 2000.

Acuerdo –presente también en el de 1996 y en la línea de lo recomendado por el Pacto de Toledo- dado que se hace del consenso social el “instrumento sustancial en la definición y puesta en marcha de las adaptaciones necesarias en nuestro Sistema de Protección Social”. Pero es precisamente ese carácter instrumental o funcional del acuerdo social en materia de pensiones lo que plantea ciertas dudas a la hora de valorar adecuadamente el papel de los interlocutores sociales, y ello porque la legitimación de las propuestas reformistas parecen descansar no tanto en el contenido de las mismas, es decir, si con ellas se consigue atender mejor las necesidades sociales, si no en el hecho de que han sido fruto de la negociación, sin más. De este modo, se justifica el acuerdo social por la vía de la naturaleza del procedimiento y no tanto por la justicia o razón social de lo acordado²¹⁰. Y así las posiciones defensivas de los sindicatos en favor del mantenimiento del actual modelo de protección social basado en un sistema de reparto, como reacción a la presión ejercida por los sectores financieros proclives a que se produjera el tránsito hacia un sistema de capitalización, ha dado como resultado un proceso reformista en exceso preocupado por la consolidación financiera y presupuestaria de la Seguridad Social. Al mismo tiempo lo que se ganaba en protección social se perdía en el ámbito de lo laboral –reforma del trabajo a tiempo parcial y la no penalización de la contratación temporal-, de ahí que los resultados de la concertación social son distintos en función de si se trata de la reforma laboral, más cercana a los planteamientos empresariales defensores de flexibilizar el mercado de trabajo, o de la Seguridad Social, donde los acuerdos han sido posibles al no cuestionarse el sistema de pensiones de reparto²¹¹.

En lo que al Acuerdo se refiere, hay que hacer que notar que su importancia estriba en que se inserta en el marco general de reforma de la Seguridad Social establecido por el Pacto de Toledo y el Acuerdo Social de octubre de 1966, por lo que estaríamos en una fase más en la senda de las reformas emprendidas. En efecto, con este Acuerdo queda más nítido el cambio programado, ya que pese a tener como objetivo la consolidación del sistema de Seguridad Social, se vuelve a insistir en la necesidad de acomodar el deber público de protección a dos aspectos en principio fuera del sistema, pero que aquí se consideran esenciales: el crecimiento económico y la creación de empleo. De este modo, se vuelve a aceptar como inevitable la lógica de la contención del gasto y la influencia decisiva de los problemas demográficos futuros, y son estos condicionantes los que determinan las reformas a emprender. Entre las medidas dirigidas a garantizar la estabilidad económico-financiera, se vuelve a insistir en la separación de los recursos para la financiación de la acción protectora de la

²¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo...”, *op. cit.*, p. 22.

²¹¹ LÓPEZ GANDÍA, J.: “El Acuerdo para la mejora...”, *op. cit.*, p. 26.

Seguridad Social, en la línea marcada por la Recomendación 1ª del Pacto de Toledo y las previsiones de la Ley 24/1997, de 15 de julio, ubicando definitivamente los complementos de mínimos en el régimen financiero de las prestaciones no contributivas, lo que supone realizar todavía más si cabe el perfil asegurador y técnico-actuarial del brazo contributivo. Por otro lado, se concreta la posible aplicación de excedentes provenientes de cotizaciones en favor del Fondo de Reserva, contemplándose la posibilidad de que los mismos pudieran destinarse a la mejora de las prestaciones y la reducción de cotizaciones sociales. El posible destino de los excedentes en favor de la reducción de cotizaciones empresariales choca frontalmente con la naturaleza del Fondo de Reserva dado que se está ante una institución perteneciente al sistema de garantías del modelo de protección social a construir²¹².

La línea de continuidad con respecto a los acuerdos anteriores se manifiesta especialmente con el reforzamiento de los principios de contributividad, solidaridad y equidad que el Acuerdo de 2001 reitera. Pero, en este caso, se da un paso más en favor de la consideración de una mayor proporcionalidad individual en la pensión de jubilación entre el esfuerzo de cotización y el nivel de prestación alcanzado, dado que se pretende revisar en el futuro el sistema de cálculo de la base reguladora, de manera que se tenga en cuenta, de forma progresiva, el esfuerzo realizado por el trabajador a lo largo de su vida laboral. Se apuesta, de este modo, por hacer realidad uno de los viejos planteamientos reformistas que abogaba por determinar la base reguladora de la pensión de jubilación en función de todo el período contributivo, sin tener en cuenta la posible incidencia a la baja en la cuantía de las pensiones. Con esta medida se acepta una tendencia gradual a la reducción de la cuantía de las prestaciones económicas²¹³ y se traslada a las prestaciones contributivas la lógica asegurativa de los mecanismos privados de previsión²¹⁴.

También en cuanto a la contingencia de jubilación el Acuerdo desarrolla y concreta una serie de medidas operativas en materia de prolongación de la edad de jubilación y sobre la jubilación anticipada. Se trata, en suma, de propuestas que aparecían simplemente enunciadas en la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo y recogidas luego en la Ley 24/1997. En este sentido, y sin entrar en el examen detallado de aquéllas, las cuáles han tenido su plasmación jurídica en la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible²¹⁵ y los RD 1131/2002 y 1132/2002, de 31 de octubre²¹⁶,

²¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo...”, *op. cit.*, p. 25.

²¹³ *Ibidem*, p. 25.

²¹⁴ Véase, al respecto, ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “La reforma del sistema de pensiones en España”, *Temas Laborales*, núm. 48, 1998.

²¹⁵ BOE 13 julio 2002.

²¹⁶ BOE 27 noviembre 2002.

habría que hacer notar que todas ellas se mueven en la línea de favorecer un aumento en la edad media de jubilación²¹⁷, aumento que está motivado por la presión de la situación demográfica y por el indudable saneamiento financiero que con tales medidas se podría conseguir. Y así, en cuanto a las medidas de fomento de la permanencia en el trabajo más allá de los 65 años estaríamos ante un intento loable de ensayar fórmulas que permitan abordar de una manera razonable los problemas demográficos futuros, pero que cabe apreciarlas con cierto pesimismo debido al requisito de carencia exigido –35 años de cotización-²¹⁸. Reténgase que se hace difícil acogerse a esta medida, especialmente por aquellos que sufran altibajos en su carrera profesional o se vean sometidos a formas de precarización laboral, pero también por aquéllos otros que pese a cumplir con el período de cotización previo puede que no se encuentren suficientemente motivados como para acogerse a estas medidas debido al enorme desgaste sufrido. Y así, estudiadas estas medidas incentivadoras del trabajo más allá de los 65 años desde la perspectiva del ahorro parece que no van a tener una incidencia significativa ya que el 64 por 100 de los trabajadores del Régimen General se jubila actualmente antes de los 65 años y la edad media de acceso a la jubilación en este régimen era de 62,5 años en 1999²¹⁹.

Por otro lado, cabe mencionar el segundo grupo de medidas en materia de jubilación que versan no sólo sobre las jubilaciones anticipadas sino también sobre la posible penalización en el adelantamiento de la edad de jubilación y el fomento del mantenimiento del empleo de trabajadores de edad avanzada. En cuanto a la posible anticipación en la edad de jubilación, se produce un importante cambio con respecto a la normativa anterior dado que van a poder acogerse a este supuesto no sólo los que tuvieron la condición de mutualista el 1 de enero de 1967, sino también la generalidad de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y de Trabajadores del Mar. Se trata de una ampliación de enorme calado que puede afectar a un número importante de trabajadores, ya que son muchos los que pierden su empleo en edades avanzadas y que no cumplen el requisito de haber sido mutualista. En todo caso, parece que esta nueva jubilación anticipada tendrá una aplicación menor de la esperada puesto que su disfrute se somete a una serie de reglas muy estrictas –61 años de edad y una cotización previa de treinta años- en consonancia, quizás, con la finalidad

²¹⁷ Conviene recordar, al respecto, que este es uno de los aspectos que más preocupan en el seno de la Unión Europea, cuestión que es objeto de desarrollo en la Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2000 “Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables [COM (2000) 622 final] y la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de abril de 2002 (PE 316.566). Más recientemente, el Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002 insiste en la necesidad de elevar progresivamente la edad media de jubilación.

²¹⁸ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 38.

²¹⁹ Datos extraídos de LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las reformas legislativas...*, op. cit., p. 42.

de retrasar al máximo la edad de jubilación²²⁰. Precisamente, en esta línea de facilitar el trabajo a los trabajadores de sesenta o más años cabe situar otro tipo de medidas que van desde la exoneración del pago de las cuotas de Seguridad Social a cargo de las empresas por contingencias comunes a la obligación de suscribir un convenio especial en casos de extinción por expediente de regulación de empleo de trabajadores de más de 55 años, salvo que se trate de empresas incursas en un procedimiento concursal.

En fin, se asiste, de este modo, a nuevas formas de abordar el fenómeno de la vejez haciendo una regulación mucho más adaptable a los cambios que acontecen en la misma. Mientras que nuestro sistema de Seguridad Social se había construido sobre la base de un determinado modelo de trabajo –el del empleado con un contrato estable de por vida– ahora se abandona este esquema en favor de un nuevo modo de reorganización del ciclo de vida, más acorde con las necesidades de flexibilización de los mercados de trabajo. Ya no es posible, por tanto, que la Seguridad Social tome en cuenta el modelo de transición estandarizado según criterios cronológicos consistente en el paso sin traumas de la actividad profesional al retiro. Más bien lo predominante será la proliferación de diversas edades reales de retiro definitivo. Y en este proceso, en el que será inevitable la pérdida de uniformidad del modelo de organización jurídica de las pensiones, se hace más evidente el efecto individualizador de las decisiones a tomar en cuanto a la programación de esa transición, pero con el grave inconveniente de que esas decisiones pueden que no sean fruto de la voluntad del trabajador sino que sean consecuencia de condicionantes impuestos por el mercado²²¹.

En el fenómeno reformista hasta ahora descrito se ha podido advertir como ha pervivido una línea política de diálogo social que ha dado lugar a una etapa dulce y de entendimiento en el proceso de cambio programado en el sistema de Seguridad Social. Se diría, por tanto, que la concertación social en materia de pensiones se ha mantenido sin problemas desde el Pacto de Toledo y el Acuerdo de 1996 hasta el Acuerdo de 9 de abril de 2001. Sin embargo, es a partir de 2002 cuando se inicia una etapa de confrontación con motivo del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad²²², en el que tras su aprobación se produce una importante contestación de los sindicatos en forma de huelga general. En lo

²²⁰ Cfr. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: “La Seguridad Social en el año 2002. De la concertación social a la confrontación. Especial referencia a las reformas del desempleo y la jubilación”, en VV. AA. (Castiñeira Fernández, J. coord.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos (XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo y Relaciones Laborales)*, Sevilla, Centro Andaluz de Relaciones Laborales, 2003, p. 407.

²²¹ Sobre estas ideas, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo...”, *op. cit.*, pp. 43-44.

²²² BOE 25 mayo 2002.

aquí interesa al objeto de nuestro estudio, conviene poner de manifiesto como es precisamente en la protección por desempleo donde se ha ido produciendo una disminución de su tasa de cobertura y como es el citado decreto y luego su versión reformada, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre²²³, los que terminan por instaurar un nuevo modelo de protección por desempleo menos expansivo y de corte neoliberal. Las sucesivas reformas, especialmente desde la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo²²⁴ han favorecido un endurecimiento de los requisitos de acceso al nivel contributivo provocando una mayor extensión de las prestaciones asistenciales, vía rentas mínimas de inserción. Al mismo tiempo se han adoptado medidas tendentes a contener gasto a través de la lucha contra el fraude. En fin, la imagen que se traslada a la ciudadanía es la de una política social restrictiva en materia de desempleo. Además, con la Ley 45/2002 se da una orientación pro-activa del desempleo, en consonancia con las políticas reformistas de los países europeos, endureciéndose los requisitos de permanencia en el disfrute de la prestación, especialmente a través de los compromisos de actividad y de la ciertamente problemática noción de colocación adecuada.

Junto con la reforma de la prestación de desempleo, habría que hacer mención de los cambios operados en materia de incapacidad temporal²²⁵, ya que también en esta contingencia se aprecia un importante recorte en su acción protectora. Hay que resaltar que bajo la justificación de luchar contra el fraude en ambas prestaciones se ha terminado por incidir de modo significativo en la intensidad de su protección. De un lado, porque se introduce una capacidad de control en favor de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que excede de su originaria colaboración en la gestión en materia de Seguridad Social, de tal modo que van a poder determinar la pérdida de la prestación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes²²⁶. Y de otro, el desarrollo de la previsión contenida en el Acuerdo de 2001 relativa a la concatenación

²²³ BOE 13 diciembre 2002.

²²⁴ BOE 7 abril 1992.

²²⁵ Así, en concreto, los contemplados en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 diciembre 2001); en el Real Decreto Ley 16/2001, de 27 de diciembre (BOE 31 diciembre 2001) y el RD. 1465/2001, así mismo de 27 de diciembre (BOE 31 diciembre 2001).

²²⁶ Como indica APARICIO TOVAR, se da con esta nueva facultad otorgada a las Mutuas una evidente contradicción entre la protección de la salud de los trabajadores y la protección de los intereses económicos de los empresarios asociados a la Mutua, dado que puede que los servicios médicos consideren que el trabajador debe seguir de baja, pero la Mutua declare extinguido el derecho a las prestaciones. Se parte, desde esta nueva regulación, de una visión del trabajador como presunto absentista defraudador, alimentando la idea de que el empresario, a través de la Mutua que defiende sus intereses, es el mejor vigilante del recto funcionamiento del Sistema (“Sobre la suficiencia de las prestaciones con ocasión de las recientes reformas del Sistema de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, p. 238). Sobre este renovado papel de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social, *vid.* LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las Mutuas y la gestión de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2006.

abusiva de la Incapacidad Temporal con la prestación de desempleo, de manera que la Ley 24/2001 ha favorecido una interpretación ciertamente regresiva de esta concatenación puesto que la nueva regulación establece que un trabajador en situación de Incapacidad Temporal que vea extinguido su contrato de trabajo seguirá percibiendo la prestación por incapacidad pero en la cuantía que le correspondería por desempleo. Así, una vez finalizado el período de incapacidad, el trabajador podrá pasar a la situación de desempleo y percibir la prestación o subsidio correspondiente pero sólo lo hará por el tiempo que le reste desde el alta en la situación de incapacidad, ya que se entiende como consumida la prestación o subsidio de desempleo durante el tiempo que el trabajador estuvo percibiendo la prestación de incapacidad temporal tras finalizar su contrato.

Finalmente, el análisis del proceso reformista de la protección social debe cerrarse con la última de las medidas adoptadas hasta este momento, la cuál, por otro lado, no es más que un nuevo desarrollo de los planteamientos adoptados en el Pacto de Toledo y más en concreto en la renovación del mismo, con ocasión de la aprobación del Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones de aquel texto²²⁷. En concreto, se trata del Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sociales más representativas en el marco de un documento anterior, la Declaración para el Diálogo Social de 2004²²⁸. En lo aquí interesa conviene destacar del acuerdo los siguientes aspectos generales: en primer lugar, se vuelve a insistir en la consabida separación de fuentes y en los más que reiterados principios de equidad y contributividad; en segundo lugar, se pone especial énfasis en la necesidad de avanzar en la mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización realizado y los derechos de Seguridad Social a obtener, proponiendo una serie de medidas de bastante calado en las diversas prestaciones, señaladamente en el caso de la incapacidad permanente, en la que la determinación de su cuantía pasa a calcularse en función de los años de cotización previos; y, en tercer lugar, y de modo más concreto, la jubilación vuelve a ser la protagonista de las reformas a llevar a cabo, incluyéndose en el acuerdo un conjunto de medidas en torno a la edad de retiro y a la prolongación de la vida laboral, además de modificaciones bastantes restrictivas en materia de jubilación parcial²²⁹. En

²²⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie D, Núm. 596, 2 octubre 2003.

²²⁸ Al respecto, *vid.* PANIZO ROBLES, J. A.: “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia) (I)”, *Tribuna Social*, núm. 190, 2006, pp. 11-27 y PUEBLA PINILLA, A. de la y PÉREZ YÁÑEZ, R.: “El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2006, pp. 81-114.

²²⁹ *Vid.* sobre la incidencia que el acuerdo puede tener en la jubilación parcial GARCÍA NINET, J. I.: “Acerca de lo que pretende el “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social” en materia de jubilación parcial y contratos de relevo”, *Tribuna Social*, núm. 188-189, 2006, pp. 5-9.

suma, el citado acuerdo se mueve en la misma línea de los pactos anteriores de potenciación del equilibrio financiero y de racionalización del sistema.

2.4. Líneas de tendencia en el proceso reformista de la Seguridad Social

Tal y como se ha podido comprobar, la indeterminación constitucional a la hora de definir un concreto modelo de protección social ha dado lugar a que los desarrollos legislativos en materia de pensiones no se vean constreñidos por unos límites claros y previamente definidos. La propia interpretación por el Tribunal Constitucional del artículo 41 CE en favor de que sea el legislador el que module la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél, no deja lugar a dudas acerca de la legitimidad de un posible proceso reformista del sistema de Seguridad Social que tienda a favorecer medidas de recorte en las pensiones, siempre y cuando no queden comprometidos los rasgos estructurales del sistema. En todo caso, no es el momento aquí de analizar la incidencia de los cambios operados en el sistema público de pensiones y su posible tacha de inconstitucionalidad en función de si las reformas descritas someramente pueden atentar contra el núcleo esencial de la institución vaciándola de contenido, lo realmente interesante para nuestro estudio es dar respuesta a la posible relación entre las transformaciones operadas en el modelo protector de la Seguridad Social y el auge de los instrumentos privados de la previsión, más en concreto, de los planes y fondos de pensiones. Es decir, se trataría de analizar como determinadas tendencias marcadas por esta línea reformista emprendida por la Ley 26/1985 han servido de reclamo para la utilización de los planes de pensiones. Y así, se pueden definir tres procesos de cambio en el sistema de Seguridad Social como consecuencia de las reformas descritas con anterioridad que han terminado por dar mayor protagonismo a los instrumentos privados de la previsión: una tendencia hacia la asistencialización en el modelo de protección social global, un reforzamiento de la contributividad de las pensiones a dispensar por el sistema y finalmente, una línea privatizadora de determinados ámbitos del sistema público. Se trata, en suma, de transformaciones que afectan al edificio protector de la Seguridad Social y que, por tanto, inciden, como se verá, en el desarrollo de los planes privados de pensiones, pero cuyo estudio, *hic et nunc*, se hace con independencia del impulso dado a estos mecanismos por parte del legislador.

En lo que respecta a la adopción por parte del sistema público de rasgos asistenciales, convendría apuntar de entrada que se trata de una exigencia constitucional dado que el artículo 41 CE vino a configurar la Seguridad Social como un instrumento de protección dirigido a todos los ciudadanos. Con la Carta Magna se superaba la distinción entre las

personas que, hallándose en idéntica situación de necesidad, se encuentran protegidas o desprotegidas en función de si han realizado cotizaciones al sistema o están incluidas en el ámbito de aplicación del régimen legal correspondiente²³⁰. Se reconocía, desde el Tribunal Constitucional, la “vocación universalista en el área de la protección básica”, lo que suponía marcar el camino al legislador acerca del diseño que debía realizar del sistema público de Seguridad Social. De alguna manera la asistencialidad se perfilaba desde la Constitución como el futuro que ha de llegar y la contributividad como el punto desde el que se partió²³¹. Precisamente, el proceso reformador descrito más arriba ha puesto de manifiesto la tensión entre asistencialidad y contributividad. En efecto, la necesidad de desarrollar mecanismos asistenciales que trataran de dar respuesta a las situaciones de necesidad que se estaban produciendo y, en definitiva, de hacer realidad el principio de universalidad en la protección corrió paralela a la exigencia de mantener, cuando no de reducir, los niveles protectores de las prestaciones del nivel profesional o contributivo. Y así, aunque la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas tuviera por objeto proteger a los ciudadanos que encontrándose en situación de necesidad carecieran de recursos propios suficientes para su subsistencia, sin embargo la pretendida generalización del ámbito objetivo y subjetivo del sistema de Seguridad Social no fue tal, dado que se establecieron condicionamientos heredados de las prestaciones contributivas. Lejos de ampliar las prestaciones ya existentes a nuevos destinatarios, lo que se hizo fue crear nuevas prestaciones de carácter asistencial y complementario para aquéllos que no cumplieran los requisitos para acceder a las prestaciones no contributivas. De este modo, la pervivencia de cierto influjo de lo contributivo en lo asistencial ha terminado por interrelacionar ambos subsistemas de tal forma que el segundo se ha alimentado de las insuficiencias del primero. Precisamente, los recortes en las pensiones contributivas han valorizado todavía más la necesidad de corregir al alza la asistencialidad de las pensiones. Y así, las reformas de las prestaciones del régimen profesional en la deriva ya comentada de favorecer al máximo su contributividad han dado paso a un mayor protagonismo de los mecanismos asistenciales. Mayor presencia de estos últimos que tendrían sentido en este proceso reformador que prefiguraría la construcción de un Estado del bienestar residual o de mínimos. De este modo, las medidas restrictivas en el nivel profesional reclaman un reforzamiento de los niveles asistenciales, pero también de los complementarios, internos y externos al sistema de Seguridad Social. Y así, el conjunto de las reformas apuntadas, graduales en su implantación pero silenciosamente planificadas, pueden

²³⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social...”, *op. cit.*, p. 67.

²³¹ CARDENAL CARRO, M.: “La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (I y II)”, *Aranzadi Social*, núm. 16-17, p. 217.

estar favoreciendo el tránsito hacia la asistencialización universalista y la privatización del nivel contributivo²³².

En esa relación de mutua influencia y reciprocidad entre lo asistencial y lo profesional, ha jugado un papel fundamental el reforzamiento de la contributividad –segunda línea de tendencia- propugnado por el Pacto de Toledo y plasmado en la práctica a través de la Ley 24/1997. La finalidad de mejorar la relación entre el esfuerzo de cotización realizado y la prestación final actuando sobre la base reguladora de las pensiones, en el caso por ejemplo de la ya estudiada pensión de jubilación, puede suponer en la práctica su disminución. A ello hay que añadir lo previsto en el Acuerdo de 2001 acerca de la posible revisión del sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, de manera que se pueda tener en cuenta, de forma progresiva, el esfuerzo realizado por el trabajador a lo largo de su vida laboral. En consecuencia, en la potenciación del principio contributivo late el doble intento de trasladar la lógica del seguro a las prestaciones contributivas alejando el principio de solidaridad, reservado ahora en exclusiva para lo asistencial, no en vano la proporcionalidad que se dice reforzar se predica en lo individual, es decir, entre lo aportado y lo percibido por cada sujeto individual como si de una relación contractual se tratara, pero también se asiste a un encarecimiento de los requisitos de las pensiones, en sintonía con el objetivo de moderación del gasto. En esta situación, cabe imaginar un proceso lento pero gradual que module un sistema de Seguridad Social más liviano en lo profesional y que abra paso a fórmulas asegurativas privadas. En efecto, las medidas restrictivas aplicadas a las prestaciones contributivas erosionan el principio de suficiencia – recuérdese por ejemplo las reformas acontecidas en la concatenación de la Incapacidad Temporal y el desempleo- y ello comporta que cada vez más no sean capaces de atender el ideal de cobertura,

De acuerdo con las dos ideas expuestas –aumento de la contributividad y mayor asistencialización del Sistema- podemos establecer la tercera de las líneas de tendencia del modelo de protección social a adoptar en el futuro: la de una mayor presencia de la iniciativa privada. Así, el encarecimiento de las pensiones contributivas a través de la instauración de medidas restrictivas en este nivel profesional exige de un reforzamiento de la asistencialidad, pero al mismo tiempo un apoyo institucional decidido en pro del desarrollo de los niveles complementarios, internos y externos al sistema de Seguridad Social²³³. De este modo, las técnicas asistenciales, en

²³² *Vid., in extenso* en MONEREO PÉREZ, J. L.: “La reforma negociada del sistema de Seguridad Social”, *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, núm. 5, 2001, pp. 147-201.

²³³ Proceso que ha sido descrito gráficamente por VIDA SORIA del siguiente modo: “la ayuda pública (la asistencia social, que ahora se dice, la más acabada respuesta neoliberal a la miseria y a la necesidad) se ha reestructurado, perfeccionado e incluso ampliado, derivándose claramente hacia el campo de las prestaciones en especie (las excursiones del INSERSO, que hacen funcionar la hostelería y el sector turismo en temporada baja, y que se pagan con parte de la pensión de la Seguridad Social de cada

sus diferentes formas de manifestarse, adquieren un protagonismo esencial como consecuencia de la erosión que sufre el principio de suficiencia de las prestaciones contributivas. Al disminuirse la calidad y, sobre todo, la cantidad de la protección social pública del nivel profesional, se abren espacios de intervención para la ayuda pública de mínimos. Se produce, por tanto, una evolución del sistema hacia un modelo de Seguridad Social más asistencialista, lo que permite, al mismo tiempo, una mayor presencia de la iniciativa privada que se encargará de atender las demandas de sectores de rentas medias-altas que han visto congeladas sus prestaciones contributivas. Esta liberación de espacios funcionales propios del esquema contributivo de Seguridad Social hacia la previsión privada valoriza el papel del mercado en el cuadro protector general, lo que supone, a la postre, sustituir el principio de solidaridad por la ética individualista.

Precisamente, esta reordenación de los sistemas de pensiones comporta una nueva delimitación entre las fronteras de lo público y privado en la política de protección social. En este sentido, el desarrollo que experimentan los sistemas privados de pensiones, especialmente los planes y fondos de pensiones y la reformulación de los principios constitutivos del sistema de Seguridad Social plantean la necesidad de establecer nuevos moldes en el diseño del macrosistema del Derecho social. En efecto, la Seguridad Social sufre un proceso de desbordamiento o disgregación por la incidencia de una serie de factores –el perfeccionamiento de su acción protectora, el reparto competencial en esta materia y el importante desarrollo del nivel complementario libre- que ha supuesto una ruptura del marco definido legal e institucionalmente, el cuál se ha quedado pequeño para una parte significativa de la acción protectora²³⁴. Por ello, se ha optado por establecer unas nuevas líneas de demarcación, un nuevo marco que de cabida a este fenómeno de disgregación del sistema público de protección. Y precisamente, es el concepto de Protección Social, más amplio y heterogéneo, el que va a ser capaz de dar cabida a los nuevos contornos de la Seguridad Social. Pero, al mismo tiempo, la dilución del concepto de Seguridad Social en el más amplio de protección social permite un mejor encaje de los sistemas privados de pensiones, que también son incluidos en ese cuadro protector global. De modo que la idoneidad del término de

excursionista, las residencias de ancianos y de todo tipo, que activan la economía de servicios y se pagan en su mayor parte con esas mismas pensiones, etc.); las acciones selectivas sobre colectivos poblacionales con riesgo de desintegración social... el salario (la renta) de inserción social, eso es la asistencia pública que está sustituyendo a la Seguridad Social genuina –o mejor- antigua... El resto... los seguros privados otra vez, las posibles mutualidades otra vez... y los famosos fondos privados de pensiones, dependientes de la Bolsa y que ahora veremos qué pasa con ellos; y las compañías médicas, que no aceptarán personas con riesgos demasiados caros...” (¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2001, pp. 389-390).

²³⁴ MARQUEZ PRIETO, A.: *Seguridad Social y Protección Social: un enfoque conceptual*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002, p. 156.

Protección Social se manifiesta en su capacidad de aglutinar las diferentes técnicas de protección, públicas y privadas.

De todo este proceso se puede destacar en lo que atañe al objeto de este estudio el influjo de los mecanismos voluntarios y privados de previsión en esta nueva configuración de los moldes del sistema protector. Mientras que el sistema de Seguridad Social y el principio de solidaridad inherente al mismo mantenían una centralidad en lo que a la protección social se refiere, sin embargo hoy esa posición nuclear va perdiendo fuerza como consecuencia del papel que empiezan a jugar los sistemas privados de protección, en especial los planes y fondos de pensiones. El incorporar a ambas técnicas en el mismo cuadro protector pone más en evidencia si cabe esa función paliativa que cumplen los mecanismos privados sobre las finanzas de la Seguridad Social y, por ende, sobre las pensiones públicas. A los ojos de los ciudadanos supone, a la postre, poner a ambas técnicas en plano de igualdad, lo que permite otorgar el mismo valor al principio de solidaridad general –propio del sistema público- y al principio de libertad y al individualismo –condiciones inherentes de los planes de pensiones-. Además, la relación de intercambiabilidad que empiezan a tener ambos sistemas permite vislumbrar un variado conjunto de vinculaciones funcionales que se intensificarán como consecuencia de la expansión de los planes de pensiones del sistema de empleo, al actuar los dos sobre idéntico ámbito profesional.

En definitiva, lo que se advierte con las líneas de tendencia descritas que culminan con esa nueva reformulación del marco de la Seguridad Social y su inclusión en el concepto amplio de Protección Social al lado de los mecanismos voluntarios, es un nuevo reparto de las responsabilidades a asumir por el individuo y el Estado en el modelo global de protección social. Caben, en este sentido, múltiples opciones en la formas de atribuir los espacios de intervención del individuo y de los poderes públicos: desde una apología de la responsabilidad individual, claramente descartable, hasta la instauración de posibilidades intermedias que conjuguen adecuadamente las dos responsabilidades. Cabe pensar, en este sentido, que el papel a jugar por los planes de pensiones, expresión nítida de la ética individualista, debe aceptarse hoy como perfectamente válida por su capacidad para realzar ese carácter más pro-activo que debe reconocerse en el Estado social. Por tanto, con los planes de pensiones, como instrumentos complementarios de las pensiones públicas, se apuesta por una solución intermedia que armoniza adecuadamente la lógica individual y la colectiva del estatismo. Ahora bien, ese impulso dado a la responsabilidad individual a través de la implantación de la figura de los planes de pensiones no debe hacernos perder de vista la necesaria intervención del Estado como garante del bienestar, en el sentido de que éste es una responsabilidad colectiva. Así, como indica MONEREO, “se puede reformular el ideal de solidaridad

social, haciendo que la responsabilidad personal complete y esté al servicio de la responsabilidad colectiva para el bienestar”²³⁵.

Precisamente, las próximas páginas tienen la finalidad de describir el encaje de la previsión social voluntaria, de la que los planes de pensiones forman parte, en ese nuevo reparto de papeles que se produce en el modelo de protección social global, al mismo tiempo que se describen las características del modelo legal de los instrumentos de previsión voluntarios y privados. El análisis de ambas cuestiones nos debe permitir obtener alguna conclusión acerca de si la institución de los planes cumple adecuadamente con la nueva perspectiva refundacional del sistema de protección social que se está construyendo.

3. Los planes y fondos de pensiones en el marco de la protección social voluntaria

Visto el proceso de transición que sufren los sistemas de Seguridad Social nacionales, entre ellos el español, lo que, tal y como se ha podido comprobar, se caracterizaría por la configuración de un nuevo modelo de régimen público de prestaciones más asistencialista y por la lenta pero cada vez más nítida tendencia privatizadora de ámbitos funcionales ocupados antaño por los regímenes profesionales de Seguridad Social, es el momento de proceder al análisis del papel que pueden jugar hoy los sistemas privados de pensiones en el marco del proceso de reformas del sistema de protección social. Más en concreto, se trataría de estudiar la función de los planes y fondos de pensiones como medidas protectoras encuadrables en el subsistema de la protección social voluntaria externa a la Seguridad Social en la consolidación del conjunto del sistema institucional de protección social.

El interés que ofrece este apartado estriba fundamentalmente en determinar el espacio que ocupa la protección social voluntaria en el marco de la protección social general y, más en concreto, el que le correspondería a la figura de los planes de pensiones, toda vez que dichos mecanismos han adquirido una importancia inusual en el conjunto del sistema global de pensiones. Como se verá, las razones del protagonismo de estos instrumentos de previsión pasa, por un lado, por una interpretación privatista de la lectura del último inciso del artículo 41 de la Constitución Española; por otro, por el decidido aliento que se ha dado desde el punto de vista legislativo a estos mecanismos, el legislador ha optado dentro del marco constitucional flexible que le ofrece el constituyente por favorecer la implantación de regímenes complementarios externos al sistema

²³⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección social complementaria de las pensiones. Los planes privados de pensiones”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, J. I. dirs. y Moreno Vida, M.^a N. y Vicente Palacio, A. coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, comares, 2004, p. 911.

institucional de Seguridad Social, especialmente a través de los planes y fondos de pensiones y, por último, por el intento de reconducir el resto de modalidades de previsión voluntaria, en lo que a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas se refiere, hacia la figura de los planes de pensiones.

En todo caso, habrá que apuntar como causa fundamental y primera del impulso dado a los sistemas privados de pensiones representados por los planes el hecho de que el sistema público de Seguridad Social sufre un proceso de crisis en el sentido económico del término. Como consecuencia de ello, se están abriendo espacios a la acción de la previsión privada dada la relación de mutua dependencia que cabe establecer entre las dos formas de protección social. La consecuencia final resulta fácil de advertir, el auge de los sistemas privados de pensiones y de la protección social voluntaria en general, exige de una reformulación de los sistemas de Seguridad Social nacionales. Una redefinición que, como se ha apuntado ya, tiene su reflejo en una huída en el uso del término de Seguridad Social en favor del más impreciso de protección social²³⁶.

3.1. Una aproximación al concepto de protección social voluntaria

Interesa puntualizar, de entrada, la inexistencia de un concepto legal del término *protección social*, a lo sumo se pueden identificar algunas referencias aisladas en textos legales de nuestro ordenamiento jurídico y en otros de ámbito comunitario. Su mayor presencia, así como su uso generalizado, trae causa del fenómeno de disgregación y desbordamiento que sufre la Seguridad Social, incapaz de aglutinar la multitud de fórmulas y modalidades de previsión que se suceden en el tiempo. En este sentido, la noción de protección social se impondría por su idoneidad a la hora de incorporar en su seno la diversidad de las técnicas protectoras existentes, entre ellas la de Seguridad Social.

En todo caso, podemos avanzar que al referirnos a la protección social lo hacemos tratando de describir el conjunto de medidas de diversa índole que una sociedad moderna organiza para atender las necesidades sociales de los individuos. Por tanto, estaríamos ante una noción que trataría de abarcar tanto mecanismos diferenciados o específicos de protección como inespecíficos, lo que sugiere la amplitud y el carácter omnicompreensivo del término de protección social. Al mismo tiempo, las técnicas creadas para atender contingencias sociales en el ámbito de la protección social descartaría aquellas que no son implantadas por un tercero, sujeto protector distinto del infortunado. Y finalmente, la noción de protección social remitiría a la necesaria tipificación de las necesidades sociales a atender,

²³⁶ APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social...”, *op. cit.*, pág. 51.

delimitación previa que permitiría conformar los contornos precisos de los instrumentos jurídicos ideados y comprensivos de tal concepto²³⁷.

Precisamente, y en lo que respecta al sistema español de protección social, éste se organizaría sobre la base de un régimen público de Seguridad Social, caracterizado por ser de titularidad estatal y obligatorio que tiene como objetivo, en la formulación clásica propuesta por PERSIANI, “el de la libertad o liberación respecto de las situaciones de necesidad, liberación que debe ser realizada por el Estado garantizando a todos los ciudadanos, a través de una adecuada organización de medios, un mínimo de bienestar individual”²³⁸. La protección que se otorga a través de la Seguridad Social se estructuraría en dos niveles: uno, contributivo y profesional que dispensa prestaciones sustitutivas en función de lo cotizado y otro, no contributivo y asistencial, que protegería a todos los ciudadanos con independencia de la contribución al sistema. Junto a éstos dos niveles, en cuanto públicos también, habría que añadir el conjunto de instrumentos de Asistencia Social y Servicios Sociales que el Estado pone a disposición de los ciudadanos.

Al lado de los mecanismos anteriores, caracterizados por su naturaleza pública, encontraríamos otras técnicas de protección de las necesidades sociales de carácter voluntario que, formando parte del organigrama de la protección social, son promovidas, normalmente, por la iniciativa privada. Se trataría, según el esquema de la protección social que se obtiene de la lectura del artículo 41 de la Constitución Española, de una serie de instrumentos de provisión caracterizados por su carácter externo a la Seguridad Social. Se estaría ante un conjunto heterogéneo de técnicas que participan del objetivo de otorgar protección adicional al régimen público de Seguridad Social.

Sin embargo, la denominación que habría que darles a estas medidas ha sido controvertida debida, entre otras razones, a que nunca ha habido una normativa unificadora de tales instrumentos y porque cada uno de ellos contiene unas características que les hace poseer una naturaleza singular. Así, se les ha llamado “Seguridad Social complementaria”, “previsión o protección social complementaria” o, también, “previsión o protección social voluntaria”. Con la primera de las expresiones se trataba de subrayar el hecho de que estos instrumentos venían a ser un complemento de la protección dispensada a la Seguridad Social. A nuestro juicio, dicha acepción no era del todo acertada en la medida en que nació con la pretensión de aglutinar bajo ese término únicamente a aquellos instrumentos que guardaran un cierto paralelismo con la Seguridad Social y sus funciones. Y así, venía a integrar en su seno a aquellas mejoras de

²³⁷ Características extraídas de AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social complementaria*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 2005, pp. 25-27.

²³⁸ PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social*, Traducción y Estudio Preliminar a cargo de José Vida Soria, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965, p. 44.

prestaciones de la Seguridad Social que aún constituidas por la iniciativa de los trabajadores y empresarios se asimilaban a su naturaleza por la función que cumplían, dejando de lado a otros mecanismos que no guardaban una relación tan directa con el sistema público de Seguridad Social. Con la segunda de las acepciones sí se aglutinaban todas las opciones posibles bajo el término amplio de previsión social, destacando, por tanto, el hecho de ser instrumentos externos a la Seguridad Social. Sin embargo, no quedaba claro que todas las medidas de provisión posibles fueran complementarias, en el sentido de completar las prestaciones básicas de la Seguridad Social; algunas, por el contrario, eran independientes del régimen público, aún cuando tuvieran el mismo objetivo de proteger a los individuos frente a determinadas contingencias. De esta forma, la tercera denominación de los instrumentos externos a la Seguridad Social, el de “previsión social voluntaria” o el más amplio de “protección social voluntaria”, pone especial hincapié, a la hora de agrupar a dichos mecanismos bajo un único término, en la nota de la voluntariedad, en lo que a su constitución y funcionamiento se refiere. Al mismo tiempo, con esta denominación se subraya la idea de que las diferentes modalidades que se puedan dar en su seno no se configuran en la práctica necesariamente como complementarias de la Seguridad Social. En este último concepto habría que incluir a los planes y fondos de pensiones ya que, como se verá, son sistemas caracterizados por la voluntariedad en su establecimiento y porque, tal y como determinaba la Ley 8/1987, en su artículo 1, apartado 2, sus prestaciones no son, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas.

En todo caso, se hace necesario, siquiera someramente, realizar una distinción entre lo que cabe entender por Seguridad Social o protección social pública obligatoria y la protección social voluntaria, y ello porque las notas distintivas de la segunda se obtienen en contraposición de las de la primera. Y así, la Seguridad Social se caracteriza por la obligatoriedad, en el sentido de que ésta no representa un mecanismo voluntario, de carácter contractual, dado que resulta preceptiva para los sujetos incluidos en su campo de aplicación. Al mismo tiempo, la gestión de sus instrumentos protectores corresponde a los poderes públicos, poniéndose especial énfasis en el carácter de servicio público de la Seguridad Social, y ello con independencia de que se pueda admitir la intervención de sujetos privados en dicha función. Y, en fin, las prestaciones que dispensa tienen naturaleza jurídico-públicas, y se caracterizan por constituir un régimen suficiente que atiende situaciones de necesidad previamente delimitadas. Por su parte, la protección social voluntaria, al contrario que la Seguridad Social, se configura sobre la nota de la voluntariedad, cuestión que se proyecta tanto en la implantación de dichos mecanismos, en el que la autonomía privada

juega un papel fundamental, como en el acceso a los mismos. Su gestión es normalmente de carácter privado, y ello pese a que la garantía constitucional de libertad en el campo de las prestaciones complementarias contenida en el último inciso del art. 41 CE no impide una intervención de los poderes públicos en tal sentido. Por último, las prestaciones que otorga el sistema de previsión voluntario obedecen, generalmente, a una lógica contractual-privada, y tienen como finalidad ofrecer una protección adicional a la garantizada suficientemente por el sistema público.

En cualquier caso, y desde la perspectiva de los derechos en juego, cabe apuntar un criterio de distinción básico entre la protección social voluntaria y la Seguridad Social. Y así, mientras que el derecho a la pensión pública es un derecho de ciudadanía social, encuadrable en los derechos sociales de prestación, que tiene como consecuencia la desmercantilización de la posición de los individuos respecto al mercado, sin embargo los sujetos beneficiarios de alguna de las formas de previsión social voluntaria, especialmente en el supuesto de los partícipes de un plan de pensiones, son titulares de un derecho de crédito, regido por la lógica contractual y privada. De ello se deduce que el marco regulador de ambas realidades sea distinto, siendo el contexto normativo en el que se desenvuelve la Seguridad Social de carácter público, sus normas son de derecho necesario; mientras que el Derecho regulador de la previsión social voluntaria es el Derecho privado y se caracteriza por la flexibilidad en su configuración dentro del cuadro legal prefijado por el poder público.

3.2. La protección social voluntaria en el ordenamiento constitucional: la consagración del sistema mixto de pensiones, público y privado

La Constitución revisa algunos de los pilares sobre los que se asentaba el sistema de la Seguridad Social, en especial, y por lo que aquí respecta, la posible incidencia de mecanismos voluntarios de previsión -de empresa, individuales, corporativos o asociativos- destinados a complementar o servir de suplemento a la Seguridad Social pública y básica, y lo hacía a través de la introducción de un apartado en el artículo 41 CE²³⁹. En efecto, la incorporación al texto constitucional de la expresión “la asistencia y prestaciones complementarias serán libres” y, en concreto, su mención en el mismo precepto que alude al régimen público de Seguridad Social planteaba no pocos interrogantes en orden a valorar la incidencia que podían tener las diferentes formas de protección voluntaria como mecanismos complementarios del sistema público de protección social. Y ello porque su consideración conjunta -aunque separadas por un punto y

²³⁹ Advierte GONZALO GONZÁLEZ, que “la Constitución de 1978 reconoce y apoya explícitamente los derechos complementarios de previsión social. Su artículo 41 constitucionaliza por vez primera esos derechos; los considera y registra en el máximo nivel normativo” (“Comentarios a la nueva legislación sobre previsión social complementaria”, *Documentación Laboral*, núm. 37, 1992, p. 42).

seguido- realizaba, por un lado, la garantía constitucional de libertad consistente en reservar un espacio para las prestaciones que puedan servir de complemento a la Seguridad Social, pero también, se insistía en la distinta consideración que merecían ambas formas de aseguramiento, remarcando la existencia de la Seguridad Social como sistema que debía ser mantenido por los poderes públicos y que aspiraba a proteger de forma suficiente a los ciudadanos ante a las situaciones de necesidad en general, frente a la libre configuración de prestaciones complementarias que en ningún caso podían ser sustitutivas de las ofrecidas por el sistema público.

En todo caso, en lo que sí resultaba lo suficientemente claro el texto constitucional era en consagrar al máximo nivel normativo la libertad de complementación voluntaria de las prestaciones dispensadas por el sistema público de Seguridad Social. Estábamos, por tanto, ante una esfera de libertad garantizada constitucionalmente que comportaba la imposibilidad de los poderes públicos de impedir la creación de medidas y regímenes de previsión voluntarios²⁴⁰. Se trataba, por tanto, de una nueva situación que contrastaba abiertamente con la legalidad preconstitucional caracterizada por una ordenación netamente obstruccionista y restrictiva²⁴¹ de la intervención de la autonomía privada tanto en la función de colaboración en la gestión de la Seguridad Social como en la de complementación de la protección suficiente del régimen público y obligatorio.

Aún siendo esto así, es decir, el constatar que la Constitución reconocía la existencia de una garantía de libertad de poder realizar formas propias de protección social complementaria, esta confirmación no servía para despejar ciertas dudas relativas a la configuración jurídico-política de la inscripción del derecho a obtener prestaciones complementarias en el ámbito de la protección social general reconocida en el art. 41 CE. Más aún, se añadía mayor confusión en el ya de por sí modelo evanescente de protección social²⁴². De ahí que se pudieran apuntar al menos tres aspectos de importancia decisiva a efectos de comprender mejor el encaje de los regímenes voluntarios y/o complementarios en el conjunto de la protección social. En primer lugar, la extremada ambigüedad semántica del término

²⁴⁰ En un sentido similar, la Constitución italiana garantiza la libertad en materia de asistencia privada (art. 38, párrafo 5º), en la que se incluye también la actividad de previsión [GRANDI, M.: “Previdenza integrativa e previdenza privata (con particolare riferimento al settore del credito)”, *Il Diritto del Lavoro*, Tomo I, 1990, p. 96 y CIOCCA, G.: “I fondi pensione e la libertà della previdenza privata”, *Il Diritto del Lavoro*, Tomo I, 1995, p. 366]. En este sentido, el legislador ordinario no podría limitar dicha libertad de instauración de formas privadas de protección, siendo legítima además cualquier actuación normativa de apoyo y aliento institucional de las mismas (LEONE, G.: “Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 90, 2001, pp. 300-308).

²⁴¹ Véase, al respecto GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Las funciones de la iniciativa privada de la Seguridad Social española: antecedentes, situación y previsiones”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 50, 1990, pp. 861-867.

²⁴² VIDA SORIA, J.: “La reforma de la Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 250.

libres²⁴³ en el contexto de la expresión constitucional recogida en el inciso final del art. 41 CE hacía necesario determinar si con la referencia a la libertad en la instauración de prestaciones complementarias se estaba aludiendo necesariamente a regímenes privados, que serían los encargados de la organización y gestión de los mecanismos de previsión que otorgarían una protección adicional al régimen público y obligatorio, con lo que se descartaría la posible intervención de los poderes públicos en la instauración de mecanismos públicos de protección complementaria externa a la Seguridad Social; o, por el contrario, con la referencia al término “libres” se estaba haciendo hincapié únicamente en la nota de voluntariedad que ha de presidir el conjunto de las prestaciones complementarias, con lo que cabría la concurrencia de la iniciativa pública y privada en la instauración de instrumentos de protección social complementaria, dado que lo realmente importante era el carácter no obligatorio de tales medidas. En segundo lugar, la incorporación de una frase final que indicaba que “la asistencia y prestaciones complementarias serán libres” en el precepto constitucional que se ocupaba de la Seguridad Social –art. 41- y con el que se aludía indirectamente al modelo constitucional de protección social, planteaba una duda interpretativa en orden a considerar si se estaba ante la instauración de un nivel complementario dotado de una unidad y estructura semejante al régimen público. En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, se planteaba la cuestión relativa a si con la distinción que el constituyente realizaba entre una Seguridad Social básica y obligatoria y un ámbito de protección social complementaria se confirmaba la consagración en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema mixto de pensiones, público y privado, a desarrollar por el legislador ordinario.

Con respecto a la primera cuestión cabe apuntar que la interpretación dominante del último apartado del artículo 41 de la Constitución Española, en el que se advierte que “la asistencia y prestaciones complementarias serán libres”, fue la de que el término “libres” haría alusión a un conjunto heterogéneo de mecanismos complementarios o no asumidos por el Estado y, ciertamente, voluntarios en su constitución y funcionamiento. En efecto, la distinción entre el régimen público de protección y las prestaciones complementarias operaría sobre la base de quién ostente la iniciativa para su implantación: el Estado, para el régimen público de Seguridad Social, y los particulares, para el supuesto de la protección adicional o marginal²⁴⁴. Así, esta interpretación se obtendría comparando este último inciso del artículo 41 con su primer apartado, en el que se hace referencia a que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones suficientes

²⁴³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Los derechos a la Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 329.

²⁴⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 14.

ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. De este modo, lo que hemos denominado más arriba como régimen público de Seguridad Social habría de ser mantenido por los poderes públicos y la protección que la Constitución denomina complementaria se configuraría como libre o no obligatoria, quedando al margen de ese régimen público. Aspecto éste, el del mantenimiento por el Estado de un sistema público de Seguridad Social y la imposibilidad de asumir por los poderes públicos la financiación de las técnicas protectoras complementarias que aparece reafirmado por el Tribunal Constitucional, al considerar que “las mismas responden a la lógica contractual privada y, en consecuencia su financiación se hará a cargo de fondos privados”²⁴⁵.

Sin embargo, la Constitución no precisa el espacio reservado a ese régimen público de la Seguridad Social frente a los mecanismos de la previsión que se desarrollen por efecto del término “libres”. En todo caso, aún cuando el artículo 41 permite al legislador, según se recuerda por el Tribunal Constitucional, “un amplio margen a la hora de configurar el sistema de la Seguridad Social”²⁴⁶, incluso admitiendo, “la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar”²⁴⁷, no es menos cierto que la modulación que se haga, en un sentido o en otro, de los diferentes campos de la protección social a través de la técnica legislativa, no debe poner en cuestión los rasgos estructurales de la Institución de la Seguridad Social de manera que se asegure “la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”²⁴⁸.

Pero, y tal y como se apuntó más arriba, cabría preguntarse si el nivel o régimen de prestaciones complementarias a la que la Constitución califica de libres quiere decir forzosamente que sea privado o que muy al contrario quepa un régimen organizado bajo los auspicios de lo público. Así, se podía interpretar el término “libre” como voluntario y no obligatorio, y no necesariamente como privado²⁴⁹. De esa manera, “cabría un nivel complementario de Seguridad Social –integrado en el propio sistema- pero voluntario en su constitución o concertación de la cobertura y de gestión pública”²⁵⁰. Según esta interpretación, no cabría admitir el

²⁴⁵ STC 208/1988, 10 noviembre (FJ 3).

²⁴⁶ STC 88/1991, 25 abril (FJ 2).

²⁴⁷ STC 206/97, 27 noviembre (FJ 5).

²⁴⁸ STC 37/94, 10 febrero (FJ 4).

²⁴⁹ *Vid.* VILLA, L. E. de la y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1979, p. 234.

²⁵⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Los derechos a la Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 330. En el mismo sentido, ALVAREZ de la ROSA, J. M.: “El artículo 41 de la Constitución...”, *op. cit.*, p. 79 y PÉREZ PÉREZ, M.: “La reforma de la Seguridad Social complementaria” en VV. AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 338.

monopolio exclusivo de la iniciativa privada en la implantación de prestaciones complementarias, muy al contrario, desde la Carta Magna se favorece la concurrencia de mecanismos públicos y privados en esa protección²⁵¹. De este modo, lo que se quiere subrayar con la expresión “libres” es el carácter facultativo de los interesados en acceder a un régimen voluntario –complementario del sistema de Seguridad Social público y obligatorio- que puede ser gestionado por “entidades y organismos de la más variada naturaleza, privados desde luego, pero también profesionales o sindicales, mutualistas, e incluso públicos”²⁵². En todo caso, cabe apuntar que también se ha interpretado el término “libres” en referencia únicamente a sistemas privados²⁵³.

Por lo demás, cabe decir que, más allá de estas interpretaciones, lo cierto es que la polémica doctrinal acerca del término “libres” contenido en el art. 41 CE podía tener sentido antes del impulso dado a los planes y fondos de pensiones como instrumentos privados de previsión, dado que hoy se ha impuesto una lectura acentuadamente privatizadora de los regímenes complementarios libres. La propia Ley 8/1987, en su Preámbulo, encontraba su razón de ser en el propio artículo 41 CE al entender que la caracterización de estos instrumentos como instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado, pueden o no ser complemento del sistema de la Seguridad Social, armoniza con el citado precepto constitucional al proclamar que “la asistencia y las prestaciones complementarias serán libres”. Este es el sentido que cabe otorgarle hoy al término libres, al entender que la citada norma es la puerta de entrada a los sistemas privados de pensiones, todo ello en desarrollo de la previsión constitucional²⁵⁴.

Así, el legislador ordinario ha identificado la expresión libres con la privaticidad de los regímenes complementarios desarrollando, en consecuencia, fórmulas de previsión privadas, como es el caso singular de los sistemas privados de pensiones. De esta forma, los poderes públicos han renunciado a desarrollar un régimen de prestaciones complementarias en el seno del sistema público de protección social. Muy al contrario, la previsión constitucional se ha desarrollado en el sentido de instaurar mecanismos de previsión no sólo voluntarios, sino estrictamente privados y en cuanto tales externos al régimen público de la Seguridad Social. En este sentido, y tal y como se verá más adelante, los poderes públicos asumen el papel de instaurar una legislación impulsora de instrumentos de previsión

²⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La configuración constitucional...”, *op. cit.*, p. 285.

²⁵² SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La Seguridad Social y la Constitución...”, *op. cit.*, p. 126.

²⁵³ Así, para ALONSO OLEA, M.: *Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982, p. 42 y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: “El servicio público de...”, *op. cit.*, p. 227.

²⁵⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Algunas notas sobre la crisis...”, *op. cit.*, p. 31.

voluntarios para que sea la iniciativa privada la que los ponga en funcionamiento²⁵⁵.

No solo los desarrollos legislativos han contribuido a afianzar una lectura privatista del último apartado del artículo 41, también el Tribunal Constitucional ha venido a admitir que aún cuando los planes y fondos de pensiones formen parte del ámbito de la protección social, la “noción de Seguridad Social no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad”²⁵⁶.

Así, el Estado ha escogido una opción político-organizativa consistente en renunciar a instaurar técnicas públicas de previsión de carácter complementario o no, sin dejar de ser libres –lo serían porque los individuos podrían adherirse o no a ellas- de manera que pudiera tutelar él mismo la coordinación de estas prestaciones complementarias con el nivel básico. Muy al contrario, los poderes públicos sueltan lastre protector a favor de la autonomía privada, impulsando una legislación que favorece la instauración de sistemas de protección social voluntaria externos al sistema de la Seguridad Social²⁵⁷. Ejemplo de esta opción de política legislativa, ha sido la Ley 30/1995, que en su disposición adicional 11ª, apartado 19º, que modificaba la disposición adicional 1ª de la Ley 8/1987, exigía que “los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos”. De este modo, las únicas formas posibles de instrumentar compromisos por pensiones – jubilación, invalidez y muerte y supervivencia- asumidos por los empresarios, eran el contrato de seguro o el plan de pensiones. Por lo que quedaba claro que se optaba desde los poderes públicos por que fueran los instrumentos privados externos a la Seguridad Social, y no vía mejoras voluntarias integradas en la acción protectora de la Seguridad Social, los encargados de materializar los compromisos por pensiones asumidos en la empresa.

²⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 115.

²⁵⁶ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 5).

²⁵⁷ Se ha renunciado a articular normativamente un componente obligatorio en el ámbito de la previsión social complementaria al igual que en Francia. En este país cabe distinguir dos sistemas en aquel ámbito: uno, obligatorio y, otro, de carácter voluntario. El primero se organiza, de manera general, alrededor de dos grandes asociaciones, la ARRCO y la AGIRC, siendo ambas de origen convencional. El segundo, “les régimes chapeaux”, adopta diferentes formas de organización, desarrollándose normalmente en el ámbito empresarial. Un análisis general de los orígenes y desarrollo de estos dos regímenes complementarios del sistema de pensiones francés se puede encontrar en REYNAUD, E.: “Les grandes tendances de la retraite complémentaire en France”, *Revue française des Affaires sociales*, núm. 3, 1994 y FRIOT, B.: “The Origins of French Supplementary Pension Plans: The Creation of the General Association of Pension Institutions for Cadres (AGIRC)”, en VV. AA. (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives...*, op. cit., pp. 41-48. .

Por lo demás, el llamado Pacto de Toledo también optó, finalmente, por favorecer sistemas complementarios externos a la Seguridad Social. En la recomendación decimocuarta se explica que “el sistema público de la Seguridad Social debe poder complementarse, voluntariamente, por sistemas de ahorro y protección social, externos a la Seguridad Social, que tengan por objetivo mejorar el nivel de prestaciones que les otorga la Seguridad Social pública”. A continuación “se recomienda abordar la ordenación de la previsión complementaria, potenciándola como elemento de consolidación del modelo de protección social configurado en el artículo 41”. También en el propio Pacto se señala que “en la regulación de los sistemas privados debe tenerse en cuenta que pueden constituir una importante fuente de ahorro a largo plazo, tanto individual como colectiva”.

Una vez estudiado el concreto significado del término libres del último inciso del art. 41 CE, es el momento de analizar si con la previsión constitucional contenida en el citado precepto, consistente en garantizar el derecho de libertad en el acceso a las diferentes formas de protección social voluntaria, el constituyente estaba aludiendo a un tercer nivel de protección, complementario, en suma, pero régimen autosuficiente, dotado de una estructura compleja que actúa al lado del sistema de Seguridad Social. Y así, en un principio cabría subrayar que como consecuencia de la indefinición de un modelo constitucional de protección social claro y unívoco parecería que al referirnos a la “asistencia y prestaciones complementarias” en contraposición al “régimen público” el constituyente no tuvo intención de hacer de lo complementario un auténtico sistema acabado. Quizás lo que sí quiso dejar claro es que la Seguridad Social ostentaba los rasgos propios de una institución histórica compleja fruto de la evolución de los seguros sociales, dotada de una organización y coherencia internas y caracterizada por unos principios informadores singulares, frente al ámbito de las prestaciones complementarias que no ofrecen una visión tan estructurada y completa²⁵⁸. Por tanto, el texto constitucional era meridianamente claro a la hora de diferenciar entre un régimen público, acabado, principal y suficiente frente a unas prestaciones complementarias, aisladas, accesorias y marginales.

Sin embargo, las reformas racionalizadoras de los sistemas nacionales de Seguridad Social han favorecido un replanteamiento de las funciones encomendadas al Estado benefactor. Ya se apuntó más arriba el retroceso que sufre el intervencionismo público en el campo de la protección social, tanto por vía de la disminución de la intensidad protectora de las prestaciones que dispensa como por un mayor protagonismo de la iniciativa

²⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La configuración constitucional...”, *op. cit.*, p. 282. En idéntico sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y Privado...*, *op. cit.*, p. 106.

privada en ámbitos funcionales propios de la Seguridad Social. Todo ello, y en lo aquí interesa, ha favorecido el desarrollo de una amplia gama de instrumentos de carácter complementario o suplementario al sistema prestacional de base (Mejoras Voluntarias, Mutualidades libres, Fundaciones Laborales y Planes y Fondos de Pensiones), lo que ha dado lugar a que se pueda reconocer en el último inciso del art. 41 CE una fórmula omnicomprendiva de la protección social voluntaria y una específica garantía constitucional para su implementación²⁵⁹. De todo ello se deduce la consecuencia práctica final de la concreción en sede legislativa de un tercer nivel de protección propiamente dicho –el complementario libre- encuadrado en el esquema de la protección social que se deriva de las políticas de ajuste de la Seguridad Social, de reinversión, a la postre, de lo social. Así, se obtendría un modelo protector estructurado en tres niveles:

- a) Un nivel profesional contributivo, dirigido a aquellos que desarrollan una actividad profesional, donde la financiación corre a cargo de los propios interesados y, en su caso, de las empresas y que proporciona prestaciones sustitutivas de rentas (principio contributivo).
- b) Un nivel no contributivo o asistencial, dirigido a todos los ciudadanos residentes (principio de universalidad), que otorga prestaciones económicas en un nivel mínimo de subsistencia además de prestaciones técnicas o de servicios previa acreditación del estado de necesidad. Su financiación corre a cargo de los Presupuestos Generales del Estado.
- c) Por último, un nivel complementario libre, que otorga una protección adicional al sistema público de protección y que se caracteriza por su carácter libre o voluntario, en cuanto a su constitución y funcionamiento, siendo su ámbito tanto universal y/o profesional y su gestión tanto pública como privada, aunque se haya impuesto finalmente, la opción privatista a la hora de la creación de medidas y regímenes complementarios.

Por tanto, se ha consolidado por la vía de los hechos un segundo pilar en el esquema de la protección social, el de los regímenes voluntarios de carácter externo a la Seguridad Social, que junto con el régimen público al que alude de forma explícita la CE conformaría el edificio protector de nuestro país. Precisamente, la consagración de los instrumentos complementarios y/o voluntarios como un segundo bloque de protección, nos remite a la cuestión planteada más arriba en relación a los componentes, público y privado, del modelo de protección social. En

²⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias”, en VV. AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, p. 84.

efecto, tal y como se pudo comprobar, el texto constitucional no aludía a la asistencia y prestaciones complementarias como un auténtico nivel, su configuración como tal ha venido de la mano del legislador en su intento por dar solución a la crisis de los sistemas públicos de seguridad. Y la propuesta de reforma de la Seguridad Social ha consistido en la aplicación sobre ésta de políticas de ajuste, de reestructuración organizativa y de contención del gasto, pero también en la potenciación del ámbito de la protección complementaria. Y así, la implementación de los regímenes voluntarios de carácter complementario o suplementario no se ha producido desde la tutela de lo público, se renunció a instaurar instrumentos de protección adicional de carácter externo, al contrario se optó por una lectura privatista del texto constitucional favoreciendo con carácter preferente y selectivo la implantación de regímenes complementarios externos al sistema institucional de Seguridad Social, muy especialmente a través de la figura de los planes y fondos de pensiones²⁶⁰.

De este modo, se viene a consagrar un sistema mixto de pensiones, con dos componentes constitutivos, público y privado²⁶¹. En efecto, el sistema global de protección social se caracteriza ya hoy por tener dos ámbitos netamente diferenciados: el sistema público y el sistema privado, de modo que el primero se identificaría con la Seguridad Social más la Asistencia Social y Servicios Sociales y el segundo con la protección social voluntaria, integrada por las diferentes técnicas complementarias, pero especialmente por el sistema integrado de planes y fondos de pensiones. Ambos sistemas encuentran su razón de ser en la garantía constitucional contenida en el art. 41 CE, el cual distingue los dos bloques de protección dotándolos de autonomía²⁶². Asimismo, los desarrollos legislativos, a los

²⁶⁰ Desde diversos estudios se venía insistiendo de forma harto insistente sobre la necesidad de una regulación urgente de los sistemas complementarios de la Seguridad Social, y en particular de los fondos de pensiones, entendiendo que estos instrumentos, de uso generalizado en la experiencia internacional, podían contribuir a resolver o paliar los problemas económicos y financieros de la Seguridad Social, al tiempo que podían colaborar eficazmente a la potenciación y desarrollo en el mercado español de capitales. Del mismo modo, con los planes y fondos de pensiones se conseguía introducir en nuestro país el sistema de los tres niveles o pilares de prestaciones, con lo que, a juicio de estos estudios, se conseguía desarrollar el precepto contenido en el artículo 41 de la Constitución. *Vid.*, al respecto, VV. AA.: (Rabadán Forniés, M. dir.) *Los Fondos de Pensiones. Su futuro en España*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984, pp. 131-178.

²⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la...”, *op. cit.*, p. 1466.

²⁶² En el caso italiano, esta neta diferenciación entre la previsión complementaria y la previsión obligatoria de carácter pública dista de estar clara, tanto que se discute si el fundamento constitucional de la previsión complementaria o integrativa debe encontrarse en el párrafo 2º (referido a la previsión obligatoria) o en el párrafo 5º (referido a la previsión privada) del art. 38 de la Constitución italiana que prevé el entero sistema de protección y asistencia social [PICCININNO, V.: “La previdenza complementare in Italia”, en VV. AA. (Loy, G. y Loi, P. dirs.): *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, Ediesse, 2004, p. 200]. Y así, en el marco de esta discusión, un sector de la doctrina tiende a reconducir las formas de protección de carácter complementario al lado y en concurrencia con la protección obligatoria de carácter pública (de ahí que se postulen tanto el párrafo 2º como el 4º del art. 38 CI como las bases normativas de apoyo a la previsión complementaria), dado que es el propio ordenamiento el que en el marco de las reformas estructurales de los sistemas de protección parece atribuir a la segunda la función básica de atención de un mínimo vital a todos los ciudadanos y

que nos referiremos a continuación, y la reiterada doctrina constitucional ya reseñada han terminado por favorecer aún más la consolidación de un modelo normativo de protección social plural, con dos pilares de protección claramente diferenciados: a) un sistema público, de titularidad estatal, mínimo, obligatorio, suficiente y de carácter mixto, al otorgar prestaciones contributivas y asistenciales; y b) un régimen voluntario de protección, de carácter complementario o suplementario y netamente privado.

3.3. La construcción del modelo legal de la previsión social voluntaria: los principales hitos normativos en el triunfo de las concepciones privatistas

La consolidación del modelo legal de la previsión social voluntaria ha sido fruto de esfuerzos legislativos de muy diferente signo. De todos ellos se pueden diferenciar dos grandes etapas en el proceso de gestación histórica del ordenamiento actual de los regímenes complementarios: de un lado, la que correspondería a la legislación preconstitucional, que se caracteriza por impulsar el Mutualismo Libre, las Fundaciones Laborales y las Mejoras Voluntarias como formas colectivas de previsión social complementaria, y de otro, el período correspondiente a los años ochenta, una vez aprobado el texto constitucional, en el que se advierte la adopción de un conjunto variado de intervenciones normativas que tratan de promover de forma preferente tanto el seguro privado como, muy especialmente, la figura de los planes y fondos de pensiones. Se trata de dos fases históricas netamente diferenciadas, dado que en la primera los diferentes mecanismos de protección complementaria actuaban de un modo u otro en conexión con la protección social de carácter pública y obligatoria, lo que era evidente en el caso de las mejoras voluntarias que una vez instauradas formaban parte del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social²⁶³ y, en consecuencia, quedaban publicadas, pero además, en el caso de las Mutualidades y Montepíos se estaba ante instituciones colectivas caracterizadas por actuar financieramente con un

reservar a la primera un espacio cada vez mayor en la tarea de proporcionar rentas de sustitución (PESSI, R.: *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 108-110). Para otro sector, sin embargo, la protección social complementaria no deja de ser una forma de previsión meramente privada (con fundamento jurídico-constitucional *ex art. 38.5 CI*) que cabe situar en una esfera absolutamente distinta y autónoma de la pública, (PERSIANI, M.: *Diritto della previdenza sociale*, Padua, CEDAM, 2002, p. 40 y GRANDI, M.: “Previdenza integrativa...”, *op. cit.*, pp. 96-97). Finalmente, un grupo amplio de autores, que cabe situar en una posición intermedia, propugnan una solución híbrida, dado que consideran que las técnicas de protección complementaria adquieren una relevancia cada vez mayor en el objetivo de satisfacer las demandas sociales relevantes a que está llamada a responder la previsión pública (TURSI, A.: “Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare”, *Lavoro e Diritto*, núm. 1, 1994, p. 81; CINELLI, M.: “Sulle funzioni della previdenza complementare”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 3, 2000, p. 528; y TREU, T.: “La previdenza complementare nel sistema previdenziale”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, p. 10).

²⁶³ GARCIA MURCIA, J.: “El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 178.

sistema de reparto, bajo el principio de la solidaridad y la ausencia de ánimo de lucro; mientras que en la segunda se da un verdadero impulso a los instrumentos puramente privados, externos a la Seguridad Social, marcadamente individualistas, favoreciendo, en fin, una privatización del ámbito de la protección complementaria al reconducir, incluso, el resto de modalidades de previsión voluntaria, en lo que a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas se refiere, hacia la figura de los planes de pensiones.

De este modo, el estudio de los antecedentes históricos del actual modelo legal de previsión voluntaria muestra un conjunto de instituciones privadas que guardan un cierto paralelismo con los mecanismos públicos de protección, especialmente en el caso de las Mutualidades -su carácter colectivo, ausencia de ánimo de lucro o su exclusión de la normativa del seguro privado-, pero además su evolución corre en paralelo al devenir del sistema público de Seguridad Social, su culminación relegó, al principio, a un segundo plano a la iniciativa privada. En todo caso, la progresiva generalización de las primeras formas colectivas de previsión complementaria se caracteriza, en un primer momento, porque sus instrumentos, especialmente las Mutualidades, intervienen de forma paralela a como lo hacían los mecanismos públicos de protección, y por un segundo período, que coincide con la instauración del sistema público de Seguridad Social, donde se procede a reordenar la previsión social complementaria con el fin de determinar el espacio de actuación de la misma.

Y así, en la primera parte de este proceso histórico cabría destacar al Mutualismo libre, como uno de los primeros instrumentos de protección complementaria de cierta entidad, y ello como consecuencia de la aprobación de la Ley de 6 de diciembre de 1941, de mutualidades y montepíos libres²⁶⁴, desarrollada después por el Decreto de 26 de mayo de 1943²⁶⁵, la cuál vino a otorgar un régimen jurídico específico a esta modalidad de previsión social²⁶⁶, siendo su ámbito de aplicación el de las asociaciones sin ánimo de lucro creadas para ejercer la previsión de carácter social o benéfico en favor de sus asociados. Se excluía, por tanto, del campo de acción de esta Ley a aquellas entidades dedicadas a las

²⁶⁴ BOE 16 diciembre 1941.

²⁶⁵ BOE 10 junio 1943.

²⁶⁶ Hay que recordar que estas entidades se regían por la genérica Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, de modo que el sector reivindicó una regulación diferenciada y específica que fuera “capaz de dar amparo a una realidad tan heterogénea como ésta, considerando las diferentes formas asociativas de carácter mutuo que venían practicando el seguro social privado, en ámbitos muy distintos entre sí (mutualidades de obreros, de profesionales, de funcionarios, etc.) y con funciones diversas (bien practicando un aseguramiento ajeno a los seguros sociales, bien sustituyéndolos)” (MALDONADO MOLINA, F. J.: *Las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras*, Granada, Comares, 2001, p. 39).

operaciones de seguro²⁶⁷. En todo caso, lo fundamental para el objeto de nuestro estudio es que la naturaleza de las prestaciones que podían otorgar estas entidades mutualísticas tenían carácter complementario a las dispensadas por los seguros sociales²⁶⁸. Se iniciaba, por tanto, una etapa que podía tener como resultado la instauración, a través del Mutualismo Libre, de regímenes complementarios encargados de mejorar las prestaciones básicas de los seguros sociales obligatorios²⁶⁹. De esta forma, se quiso hacer de esta figura el cauce idóneo para la instauración de medidas de previsión social por parte de la iniciativa privada. Sin embargo, la importancia de estas instituciones en el ámbito de los regímenes complementarios se fue desvaneciendo, dado que, por un lado, la forma mutualista se utilizó de forma preponderante como régimen obligatorio de previsión distinto al de los seguros sociales obligatorios –el caso de los profesionales colegiados o de los funcionarios- y también sirvió de hecho para atender a colectivos que se deberían haber integrado en aquel sistema²⁷⁰-el supuesto de las Mutualidades Laborales²⁷¹-. En todo caso, nunca desapareció la función de complementariedad de las Mutualidades, incluso de las sustitutorias.

En esta primera etapa de la construcción del modelo legal de previsión social voluntaria cabe resaltar que no todas las iniciativas que se iban poniendo en marcha en el mundo laboral y que tenían como objetivo ofrecer una protección complementaria o autónoma a la dispensada por los seguros sociales obligatorios se encauzan por la vía del mutualismo, de hecho entre los trabajadores por cuenta ajena el movimiento mutualista tuvo una repercusión menor²⁷². Así que muchos de los esfuerzos de

²⁶⁷ El artículo 2 de la Ley de ordenación de los seguros privados de 16 de diciembre de 1954 (BOE 19 diciembre 1954) declaró excluidas de los preceptos de esta Ley a los Montepíos y Mutualidades Libres acogidos a la Ley de 6 de diciembre de 1941, siempre que hubieran obtenido del Ministerio de Hacienda la declaración de exclusión como trámite previo a su clasificación por el Ministerio de Trabajo y subsiguiente inscripción.

²⁶⁸ UCELAY REPOLLÉS, M.: *Previsión y seguros sociales*, Madrid, Gráficas González, 1955, pp. 90 y ss.

²⁶⁹ SALVADOR PÉREZ, F.: “Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 43, 1990, p. 518.

²⁷⁰ Cfr. DESDENTADO BONETE, A.: “El mutualismo de previsión ante la reforma de la Seguridad Social”, en VV. AA.: *El futuro de las pensiones en España. Seguridad Social y Fondos de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 108.

²⁷¹ Hay que recordar que las Mutualidades laborales nacieron con la finalidad de servir de régimen complementario a los regímenes legales, dado que fueron creadas para otorgar prestaciones para unas contingencias no cubiertas por el régimen general o cubiertas muy deficientemente. Sin embargo, la evolución de sus prestaciones fue otra, puesto que se convirtió en un sistema generalizado, superpuesto y que actuaba en paralelo a los seguros sociales obligatorios. Vid. MEILÁN GIL, J.L.: *El mutualismo laboral: un estudio jurídico*, Madrid, Centro Superior de Investigaciones Científicas, 1963, pp. 88 y ss. También en RIVERO LAMAS, J.: “Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, p. 325.

²⁷² La explicación a este hecho se encuentra en las dificultades que los trabajadores tenían a la hora de realizar aportaciones económicas adicionales al objeto de completar la protección dispensada por los regímenes obligatorios. “En efecto, la puesta en marcha simultánea de regímenes legales y regímenes complementarios supone un esfuerzo económico prácticamente irrealizable. De hecho, estos últimos

previsión de carácter voluntario se impulsarán en el seno de las propias empresas a través de la negociación colectiva y al margen de las formas del mutualismo libre. De este modo, y como consecuencia de la Ley de Convenios Colectivos de 24 de abril de 1958²⁷³ que reconoce expresamente la posibilidad de negociar un complemento de compensación por enfermedad, accidente o causa análoga y del Decreto de 21 de marzo de 1958²⁷⁴ que declara exentas de cotización a la Seguridad Social las retribuciones voluntarias pactadas, empiezan a proliferar lo que posteriormente se conocerá como “mejoras voluntarias”²⁷⁵. Sin embargo, su consagración en el ordenamiento jurídico se producirá con posterioridad, a través del Decreto 56/1963, de 17 de enero, de bases de cotización y cuotas para Seguros sociales, Seguro de desempleo, Mutualismo laboral y Formación profesional²⁷⁶ el cuál tenía como objetivo reordenar el tratamiento jurídico de esta figura, dados los efectos perversos que estaba teniendo a nivel financiero²⁷⁷, y encauzar los esfuerzos de previsión convencionalmente pactados a través del régimen jurídico previsto en la norma²⁷⁸. De esta forma, las diferentes iniciativas que se pudieran dar en el

juegan, o bien en lugar de la Seguridad social básica, cuando ésta deja sin cobertura sectores de acción protectora, o bien además de los regímenes legales, una vez transcurrido un lapso de tiempo desde la implantación de éstos, y en una situación económica de expansión que permita aflorar exigencias sociales hasta entonces reprimidas” (MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias...*, op. cit., pp. 38-39).

²⁷³ BOE 25 abril 1958.

²⁷⁴ BOE 1 abril 1958.

²⁷⁵ Sobre esta situación, véase BLANCO RODRÍGUEZ, J. E.: “La Seguridad Social en los convenios colectivos”, *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1961 y *Estudio de los convenios colectivos. Especial consideración de su repercusión en la Seguridad Social*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1963.

²⁷⁶ BOE 19 enero 1963.

²⁷⁷ De la repercusión negativa sobre la Seguridad Social da cuenta el propio Decreto 56/1963, de 17 de enero en su Exposición de Motivos al señalar que “el régimen de libertad en la fijación de las retribuciones instaurado tanto por la Ley de 24 de abril de 1958, sobre convenios colectivos sindicales, como por el Decreto de 21 de marzo de 1958, sobre mejoras voluntarias, ha repercutido intensamente, en sentido negativo, sobre la seguridad social; en efecto, en numerosos convenios colectivos sindicales y en más numerosas aún mejoras voluntarias concedidas, las partes pactantes o concedentes, haciendo uso de la libertad que el ordenamiento les concedía, han establecido mejoras salariales exentas en todo o en parte de cotización para seguros sociales y, en dirección mucho más discutible, en algunas ocasiones han ido al establecimiento de costosos sistemas individualizados de seguridad social. Ello ha generado, aparte de un empobrecimiento general del sistema, una disminución cuantiosa de las prestaciones proporcionales a los salarios, al tomarse como tales, forzosamente, los de cotización, que han quedado muy por debajo de los reales, en virtud del fenómeno descrito. Es innecesario insistir sobre las muy graves consecuencias de esta situación (prestaciones económicas de enfermedad, que no cubren un mínimo nivel de subsistencia justamente cuando la cobertura es más necesaria; prestaciones por desempleo, que se hallan en el mismo caso y que están desvirtuando el muy importante papel que este seguro ha de jugar con vistas a un proceso de conversión industrial y de avance tecnológico; prestaciones de vejez, jubilaciones y retiro, asimismo ínfimas, que dejan en desamparo al trabajador anciano y, de rechazo, impiden un saneamiento en la plantilla productiva de las empresas, por no citar sino los casos más notorios) y, por lo mismo, sobre la necesidad estricta de su corrección”.

²⁷⁸ Regulación contenida en el art. 6 del Decreto 56/1963 en la que se admitía la posibilidad de que una empresa o agrupaciones de las mismas pudieran solicitar, conjunta o separadamente, y para uno o varios seguros sociales, el establecimiento de prestaciones superiores a las mínimas, complementarias de ésta, para sus trabajadores o para los comprendidos en el ámbito de un mismo convenio colectivo sindical, habiendo de instrumentarse a través de un convenio con el organismo gestor (INP o Mutualidad), a quién

seno de las empresas con el objeto de instaurar algún mecanismo de protección complementaria a los seguros sociales obligatorios debían acomodarse por fuerza a partir de ese momento a los instrumentos jurídicos contenidos en el Decreto 56/1963, dado que se suprimían los regímenes complementarios surgidos al amparo de la Ley de 24 de abril de 1958 y el Decreto de 21 de marzo de 1958²⁷⁹. Esta concreta regulación de las mejoras voluntarias es la que, finalmente, recogió la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963²⁸⁰, y también la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966²⁸¹, desarrollada en este aspecto por la Orden de 28 de diciembre de 1966²⁸². De este modo, se consolidaba un sistema de mejoras voluntarias en el que se contemplaban tres modalidades: el aumento de las bases de cotización, el establecimiento de tipos de cotización adicionales y la mejora directa de prestaciones. Asimismo, este modelo se incorporó en líneas generales al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974²⁸³, con la modificación consistente en no incluir las mejoras voluntarias por aumento de las bases de cotización, y luego al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprobaba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, TRLGSS)²⁸⁴.

Como se ha podido comprobar, esta primera etapa en la evolución de la protección social complementaria está marcada, en un primer momento, por el protagonismo de las Mutualidades de Previsión Social, coincidiendo con la incipiente implantación de los seguros sociales obligatorios, para luego pasar a una segunda fase caracterizada por una mayor presencia de la figura de las mejoras voluntarias, las cuáles van tener una especial incidencia en la implantación de prestaciones complementarias en el seno de las empresas. En todo caso, estos mecanismos citados, aún siendo los predominantes, no agotaban la pluralidad de instrumentos que conformaban la protección social voluntaria, dado que junto a aquellos pervivían otros de especial importancia: nos referimos al supuesto de las Fundaciones

afecte la prestación prestaciones de que se trate. También se admitía como segunda modalidad el que las empresas o agrupaciones de las mismas pudieran ampliar las bases de cotización para uno o varios seguros o para el mutualismo laboral, siempre que las nuevas bases correspondan a salarios efectivamente percibidos. A las dos fórmulas relatadas, les resultaba de aplicación el mandato legal consistente en que la mejora debía resultar de aplicación a todos los trabajadores de una empresa o a los comprendidos en un convenio colectivo. Finalmente, el Decreto 56/1963 establecía que, salvo los procedimientos de concertos de mejoras de prestaciones, de cotizaciones adicionales, y de la mejora directa o inmediata de prestaciones de la empresa a sus trabajadores, la Seguridad Social quedaba excluida de la contratación colectiva. Al respecto, *vid.* RIVERO LAMAS, J.: “Los regímenes complementarios en la Ley de Bases...”, *op. cit.*, pp. 327-330.

²⁷⁹ CASAS BAHAMONDE, M.^a E.: *Autonomía Colectiva y Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 252.

²⁸⁰ BOE 30 diciembre 1963.

²⁸¹ BOE 22 y 23 abril 1966.

²⁸² BOE 30 diciembre 1966.

²⁸³ BOE 20 y 22 julio 1974.

²⁸⁴ BOE 29 junio 1994.

laborales²⁸⁵, al concierto de pólizas individuales o colectivas con entidades aseguradoras, o al régimen de previsión social voluntario gestionado por el Instituto Nacional de Previsión. Pero, lo que verdaderamente define este momento, anterior a la reordenación de las fórmulas de previsión voluntaria por medio de la Ley 8/1987, es que de algún modo todos estas vías de creación y puesta en marcha de regímenes complementarios y/o suplementarios de protección social guardan una estrecha relación con los regímenes de previsión básicos obligatorios. Nótese que las mejoras voluntarias una vez establecidas se entendía formaban parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social (art. 1.3 Orden de 28 de diciembre de 1966). Y para el caso del Mutualismo, aún siendo más difusos estos vínculos, su ámbito de actuación también estaba ligado a la acción social de la Administración laboral²⁸⁶; de hecho la obligatoriedad del seguro social se compatibilizó con su administración privada, fuera ésta lucrativa o no lucrativa²⁸⁷. Se trataba, además, de un momento caracterizado por la preferencia por la previsión social voluntaria no lucrativa, en detrimento de la inspirada en el lucro mercantil²⁸⁸, ya que en lo que respecta al mutualismo libre se le excluía de la normativa de los seguros privados. En fin, se estaba ante un momento de construcción y expansión de la Seguridad Social pública y obligatoria lo que supuso que la previsión social complementaria se viera acompañada de una legislación intervencionista que trataba de reorientar las iniciativas para su implantación. El Decreto 56/1963, de 17 de enero es claro en este sentido, dado que tiene como finalidad someter a las mejoras voluntarias a un estricto régimen jurídico y, de este modo, controlar los regímenes complementarios originados como consecuencia de la negociación colectiva²⁸⁹.

Sin embargo, la legalidad postconstitucional marcará una nueva fase en lo que a la protección social voluntaria se refiere, dado que las intervenciones normativas que se suceden en el tiempo tienen la finalidad de orientar las prestaciones complementarias libres, a las que alude el texto constitucional en su art. 41, hacia fórmulas netamente privadas, de carácter

²⁸⁵ Creadas por el Decreto 446/1961, de 16 de marzo (BOE 20 marzo 1961), las Fundaciones laborales eran definidas como obras sociales de carácter asistencial en el ámbito de una o varias empresas en beneficio de sus trabajadores y familiares, de modo que en un principio las prestaciones y servicios que ofrecían tenían un marcado carácter asistencial equiparándose a las instituciones de la beneficencia particular y de previsión social. Finalmente, la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 contempla la posibilidad de que las mejoras voluntarias sobre las prestaciones de la Seguridad Social puedan instrumentarse a través de las Fundaciones Laborales, cuestión que se traslada al Real Decreto Legislativo 1/1994.

²⁸⁶ GARCIA MURCIA, J.: “El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 178.

²⁸⁷ GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Comentarios a la nueva legislación...”, *op. cit.*, pp. 40-41.

²⁸⁸ GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Las funciones de la iniciativa privada...”, *op. cit.*, p. 866.

²⁸⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, pp. 39-44.

individual, de signo lucrativo²⁹⁰, financiadas bajo un sistema de capitalización y con una clara desconexión con el nivel público de protección. De este modo, se fomenta el aseguramiento privado en sentido estricto, vía contrato de seguro, o través de la figura de los planes y fondos de pensiones y se apuesta, al mismo tiempo, por reconducir el resto de modalidades de previsión social voluntaria –Mutualidades, Fundaciones laborales y mejoras voluntarias- hacia los mecanismos mencionados. En efecto, la Ley 8/1987, de 8 de noviembre fue la primera norma en establecer un régimen transitorio de adaptación de los diferentes instrumentos de previsión existentes con anterioridad a su vigencia. A él podían acogerse en el plazo de un año desde la entrada en vigor de su Reglamento de desarrollo, las Entidades de Previsión Social, Fundaciones Laborales y otras Instituciones de Previsión del Personal, así como los fondos internos previstos en las empresas para la cobertura de determinadas prestaciones (apartado 1º de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/1987). En este sentido, la Ley 30/1995 volvió a reincidir en la necesidad de favorecer la adaptación de los compromisos por pensiones mediante planes de pensiones, pero en este caso la adopción de una serie de medidas de transición se hizo más necesaria, dado que a partir de la entrada en vigor de la Ley se prohibió el mantenimiento de fondos internos a todas las empresas con compromisos por pensiones asumidos. Al mismo tiempo que se produce la transformación de las primitivas formas de protección complementaria en favor de los seguros colectivos o los planes de fondos de pensiones, aquéllas pueden seguir actuando como tales, pero perdiendo su naturaleza originaria. Esto último es significativo para el supuesto de las Mutualidades de previsión social que pasan a regirse por la Ley de

²⁹⁰ El propio Consejo Económico y Social ya advirtió, con ocasión de la aprobación del Dictamen núm. 7/1999, de 6 de mayo, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios y se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones aprobado por Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, que se estaba limitando “de forma radical e injustificada el papel que se concede a las Mutualidades de Previsión Social en la exteriorización e instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas, a pesar de la homologación fiscal de los reglamentos de prestaciones de las mutualidades respecto de los planes y fondos de pensiones, que introdujo la disposición adicional undécima de la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas” (*Dictámenes 1999*, Comité Económico y Social, 2000, p. 94). En opinión del CES, se estaba pues discriminando a las Mutualidades de Previsión Social en relación con los contratos de seguro formalizados con entidades aseguradoras con forma jurídica de sociedad anónima, a los que no se les exigía que se dedicasen con carácter exclusivo a garantizar pólizas relativas a compromisos por pensiones con los trabajadores (*Ibidem*, pp. 94-95). Del lado del sindicalismo, también se hizo hincapié en el hecho de que con la promoción de la figura de los planes y fondos de pensiones se corría el riesgo de olvidar y postergar otro tipo de entidades e instrumentos de previsión que podían presentar indudables ventajas sociales; instituciones en las que está ausente el ánimo de lucro, fórmulas que son menos costosas, menos insolidarias y más generales, “en las que puede apreciarse un carácter más vinculado a la función de protección social y, por lo tanto, más favorables a los intereses de los trabajadores” (ZUFIAUR, J. M.^a y MARTÍN, R.: “Seguridad Social y Fondos de Pensiones; un punto de vista sindicalista”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1985, p. 312). Un análisis pormenorizado de las posturas de UGT y CCOO sobre este particular en GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: “El sindicalismo ante las Mutualidades de previsión social y los Fondos de pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 24, 1984, pp. 127-158.

Ordenación de los Seguros Privados de 2 de agosto de 1984²⁹¹, con lo que se someten a las exigencias propias de la técnica aseguradora, abandonando, asimismo, el sistema de financiación de reparto por el de capitalización. En fin, se apuesta por una transformación del primigenio sistema de protección social complementario de signo democrático y participativo que favorecía la autogestión de los propios interesados, en el caso de las Mutualidades, o que se incardinaba en la acción protectora de la Seguridad Social, en el supuesto de las mejoras voluntarias, a otro de clara orientación privatista, marcadamente individualista, donde los elementos como la solidaridad y el sistema de reparto son extraños al sistema de funcionamiento de instituciones como los planes y fondos de pensiones. En definitiva, esta segunda fase en la consolidación de un régimen de prestaciones complementarias externas a la Seguridad Social de claro signo privatista se caracteriza por la intervención del legislador en favor del desarrollo de dos concretas formas de previsión social, como son la técnica aseguradora y los planes y fondos de pensiones.

En lo que respecta al campo de los seguros privados, los desarrollos legislativos muestran como el Estado pasa de una mera supervisión del mercado de los seguros privados a una decidida intervención destinada a regular y controlar la constitución y el funcionamiento de estas formas de previsión social voluntaria²⁹². En efecto, desde sus inicios el aseguramiento privado ha seguido un camino propio frente a la Seguridad Social pública, de manera que ambas formas de protección no han tenido ninguna relación entre sí, excluyéndose mutuamente en lo que se refiere a sus respectivos ámbitos de actuación²⁹³. Ejemplos de ello son la Ley de 16 de diciembre de 1954 (BOE. 19), de Ordenación de los Seguros Privados que declaraba expresamente la separación formal de estas dos vías de aseguramiento, limitando su campo de aplicación a las operaciones de seguro privado realizadas por sociedades anónimas o asociaciones mutuas, excluyendo al INP, a las instituciones de previsión laboral encuadradas en el servicio de Mutualidades Laborales, a los Montepíos y las Mutualidades Obligatorias y a los Montepíos y Mutualidades libres acogidos a la Ley de 6 de diciembre de 1941; y, por otro lado, la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, donde se impedía que la Seguridad Social pudiera servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil (Base 1ª, número 1).

Sin embargo, y aún existiendo hoy una lógica separación entre ambas formas de aseguramiento, la sucesión de una serie de intervenciones normativas muy concretas apuntaban hacia un mayor protagonismo de los seguros privados en el ámbito de protección de los riesgos sociales. Y así, un primer acercamiento de las entidades aseguradoras a la previsión social

²⁹¹ BOE 4 agosto 1984.

²⁹² SALVADOR PÉREZ, F.: “Las modalidades de previsión social...”, *op. cit.*, p. 519.

²⁹³ GARCÍA MURCIA, J.: “El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 172.

en general se dio como consecuencia de que las mejoras directas pudieran realizarse “a elección de las empresas, directamente o a través de fundaciones laborales, obras sindicales, mutualidades de previsión o entidades aseguradoras de todas clases” [Base XII, núm. 59, b) de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963]. De este modo, los regímenes de seguros que ya se recogían en los Convenios Colectivos Sindicales hasta su prohibición por el artículo 6 del Decreto de 17 de enero de 1963, iban a poder volver a concertarse de nuevo entre empresas y compañías aseguradoras²⁹⁴ y suponía que se pudieran convertir en entidades gestoras de la seguridad social complementaria. Pero, en todo caso, la consolidación de los seguros privados en el campo de de previsión social se logra a partir de la aprobación de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación de los seguros privados y posteriormente por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, también de ordenación y supervisión del seguro privado.

La primera, va a incluir a las entidades o mutualidades de previsión social en su ámbito de aplicación, con lo que éstas se sometían a la normativa general del seguro y, en consecuencia, al mismo control de solvencia que las restantes sociedades aseguradoras, obligándolas a cambiar su tradicional sistema de financiación de reparto por el de capitalización. De esta forma, el sistema legal de los seguros privados atraía hacia sí a unas instituciones caracterizadas por unas reglas muy específicas y por su condición de no mercantiles, lo que suponía que quedaban sometidas a un régimen jurídico verdaderamente impropio²⁹⁵. Pese a ello, se impusieron las consideraciones que aludían a las garantías técnicas, económicas y financieras que comportaba la inclusión de las Entidades de Previsión Social en la normativa de seguros, dado que de esta forma y mediante la atribución de la categoría de entidades aseguradoras se fortalecía la seguridad de los socios²⁹⁶.

Por su parte, la reordenación en el campo de los seguros llevada a cabo por la Ley 30/1995, que derogó a la Ley 33/1984, dio lugar a un mayor afianzamiento de los contratos de seguro como una modalidad más de previsión social voluntaria externa a la Seguridad Social, toda vez que el apartado 19º de la disposición adicional 11ª de la Ley 30/1995 dio nueva redacción a la disposición adicional 1ª de la Ley 8/1987, exigiendo que “los

²⁹⁴ BLANCO RODRÍGUEZ, J. E.: “Las mejoras voluntarias y su contratación colectiva en la Ley de Bases de Seguridad Social”, p. 358.

²⁹⁵ BORRAJO DACRUZ, E.: “El estatuto jurídico de las mutualidades. Necesidad de una normativa específica”, Barcelona, *Congreso Español de Mutualidades*, 1991. Como indicaba GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, “en el fondo, el problema consiste en que la mayor parte de las Mutualidades poco o nada tienen que ver con las compañías mercantiles de seguros. Someterlas a igual tratamiento puede suponer o la desaparición del mutualismo o su emergencia bajo otras formas jurídicas (“El sindicalismo ante las Mutualidades...”, *op. cit.*, p. 137).

²⁹⁶ ANGULO RODRÍGUEZ, L.: “Aspectos mercantiles de las Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 24, 1984, pp. 43-49. En idéntico sentido, DESDENTADO BONETE, A.: “El Mutualismo de Previsión...”, *op. cit.*, pp. 111-112.

compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos”. El que los seguros colectivos fueran instrumentos de gestión de compromisos por pensiones no era una novedad, lo realmente innovador era que se prohibía desde ese momento el establecimiento de compromisos por pensiones (de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta, o gran invalidez y muerte y supervivencia) con cargo a fondos internos de la empresa, lo que indirectamente suponía relanzar la figura de los seguros privados, junto con la de los planes de pensiones, en el ámbito de la previsión social voluntaria.

Con todo, la consolidación del modelo legal de previsión voluntaria de corte privatista se produce como consecuencia de la aprobación de la Ley 8/1987, ya citada. En efecto, con esta norma se regulaba por primera vez en el Derecho español la elaboración de planes de pensiones y su articulación a través de los fondos de pensiones²⁹⁷ y se buscaba, de esta forma, institucionalizar definitivamente esta figura como instrumento privado de previsión. Esta idea está presente en la Exposición de Motivos de la Ley 8/1987 al reconocer que “no existe una regulación específica sobre Fondos de Pensiones, limitándose nuestro ordenamiento a normas dispersas que aluden a Instituciones de previsión social que contemplan aspectos aislados. La presente Ley viene a corregir esta ausencia institucionalizando una modalidad de ahorro de creciente demanda social...”. Por tanto, se empezaba a desarrollar un sistema de previsión social voluntaria que obedecía a una interpretación privatista dada al último inciso del art. 41 CE, haciendo que los mecanismos de ese modelo en proceso de construcción atendieran en su modo de funcionar a una lógica contractual privada y de signo lucrativo.

Y así, como ya ha quedado dicho, su proceso de gestación se inicia a raíz de la promulgación de la Ley 8/1987, siendo esta norma el detonante de la aplicación de un conjunto de medidas legislativas que hacen realidad la implantación en la práctica de este régimen iusprivatista de protección. Todas las intervenciones normativas que se suceden a lo largo de las últimas décadas tienen la finalidad de impulsar el nivel complementario libre, de carácter contractual y privado del sistema de protección social. Y en el fomento de ese modelo de previsión social han jugado un papel fundamental los poderes públicos, específicamente a través de un intervencionismo legal de carácter promocional o de alentamiento político institucional²⁹⁸. Estaríamos ante un ejemplo paradigmático de la función

²⁹⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario de Legislación”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1987, p. 1026.

²⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003, p. 18.

promocional del Derecho a la que aludía BOBBIO y que supera las tradicionales funciones –protectora y represiva- asignadas al mismo²⁹⁹.

Por tanto, la legislación pública ha intervenido decididamente en la determinación de los espacios encomendados a la previsión privada. Y lo ha hecho a través de una opción de política legislativa basada en tres aspectos fundamentales que desarrollaremos a continuación: el primero, consistente en obligar a las empresas a exteriorizar sus compromisos por pensiones, eliminando, de este modo, el principal inconveniente que ofrecían las mejoras voluntarias instauradas en las empresas, dado que su reconocimiento no suponía garantía alguna de su cobro; en segundo lugar, a través del tratamiento fiscal privilegiado de que han gozado el conjunto de las modalidades de previsión voluntaria, especialmente los planes y fondos de pensiones; y, más recientemente, por medio del impulso dado a la negociación colectiva como fuente principal de implantación de los derechos de previsión social complementaria, reforzando los vínculos de aquélla con los instrumentos existentes para canalizar estos compromisos, especialmente los referidos a los planes del sistema de empleo³⁰⁰. Finalmente, la consolidación del actual modelo de previsión social voluntaria ha tenido el impulso de un conjunto de intervenciones normativas más recientes que han terminado de perfilar los tres pilares institucionales básicos de aquél. Un sistema pluralista de tres niveles, estructurados todos ellos con arreglo a una lógica contractual privada, con un mayor protagonismo de los planes y fondos de pensiones.

A) El lento camino en el proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones en las empresas

El actual modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España nace de la necesidad de dotar de garantías a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, normalmente en sede convencional. En efecto, la necesidad de asegurar las prestaciones complementarias privadas se hace ineludible a partir del instante en que empiezan a fracasar los simples compromisos pactados en convenio colectivo³⁰¹. La constitución de un complemento de pensión en el seno de las empresas, normalmente en materia de jubilación, se hacía sin la puesta en marcha de ningún tipo de sistema de previsión ni fondo acumulativo

²⁹⁹ BOBBIO, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980, p. 368.

³⁰⁰ Sobre estos tres elementos nucleares de las reformas emprendidas por el legislador para fomentar la previsión social privada de carácter profesional, véase ampliamente BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España”, en VV. AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 101-174.

³⁰¹ VILLA GIL, L. E. de la: “Estudio Preliminar”, en: *Pensiones Privadas, Planes y Fondos de pensiones, Seguros de Vida y Entidades de Previsión Social*, Madrid, Acarl, 1997, p. XXVI.

respecto a las obligaciones con sus empleados³⁰². Así, gran parte de los pactos en materia de previsión social empresarial, nacidos en un momento de auge económico³⁰³ y de alentamiento institucional³⁰⁴, no ofrecían las garantías suficientes, dado que su instauración no iba precedida de un estudio sobre su viabilidad como instrumento de previsión a largo plazo ni tampoco se constituía fondo alguno suficiente para afrontar las obligaciones de pago futuras. En definitiva, y pese a las limitaciones impuestas por el Decreto 56/1963 a la contratación colectiva en materia de previsión social, se va consolidando un variado sistema de prestaciones complementarias que se ha ido instrumentando generalmente a través del régimen jurídico de las mejoras voluntarias.

Ante esta situación de proliferación de las mejoras voluntarias como instrumentos que canalizaban los esfuerzos de previsión complementaria y/o suplementaria de empresarios y trabajadores, se empieza a hacer patente el problema de las garantías que plantea esta forma de protección. En efecto, pese a que una vez implantadas las mejoras generaban el derecho a su percepción y por tanto la correlativa obligación del empresario de abonarla a su cargo, ello no significaba que se garantizara al trabajador su cobro efectivo. Reténgase que muchas de las mejoras pactadas eran objeto de una instrumentación directa por parte de la empresa comprometida por las pensiones, de manera que podían no ser objeto de dotación contable alguna en previsión de los futuros pasivos o, en muchos casos, tan sólo se constituía un fondo interno, plenamente integrado en el patrimonio empresarial, correspondiendo a la propia empresa su titularidad y, por tanto, la administración y gestión del mismo, siguiendo, por lo demás, el ejemplo de otros países³⁰⁵. En el primer caso, estábamos ante lo que se conocía como pago sobre la marcha o pago por caja en el que la empresa abonaba sus pensiones en el momento en que acaecía el hecho causante de la prestación comprometida, y lo hacía con cargo a los gastos

³⁰² GALLEGO LOSADA, R.: *Sistemas privados de pensiones en las empresas españolas*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 64.

³⁰³ Nos referimos a la expansión industrial de los sesenta que llevó a España a situarse entre los países de mayor desarrollo industrial. Bajo esta situación, las empresas que se fueron creando como consecuencia de los Planes de Desarrollo Económico Social, formadas por poblaciones de trabajadores jóvenes, fueron reconociendo beneficios sociales complementarios a los dispensados por los seguros sociales. Se trataba, en definitiva, de “beneficios diferidos” que empezaron a tener presencia en un buen número de empresas. Cfr. SOLER BORDETAS, F. J.: *Fondos de pensiones*, Bilbao, Deusto, 1985, p. 47.

³⁰⁴ Sin lugar a dudas tanto la Ley de Convenios Colectivos de 1958 como el Real Decreto de 21 de marzo de 1958, ya mencionados más arriba, favorecieron la implantación en las empresas de un buen número de pactos en materia de previsión social complementaria.

³⁰⁵ Ésta ha sido, y sigue siendo, la forma de gestión y organización de la previsión social complementaria en el ámbito empresarial más extendida en Alemania, a través de la fórmula denominada como *Pensionsrückstellungen*. Cebe pensar, en todo caso, que con la aprobación de la Ley para complementar los ingresos en la vejez de 20 de marzo de 2001 (BGBl. I, p. 403) se produzca una potenciación del resto de técnicas de previsión privada de carácter externo al marco empresarial, especialmente a través de la figura de los fondos de pensiones, que se introducen por primera vez a través de la aprobación de la citada norma con un tratamiento fiscal muy favorable.

corrientes del ejercicio. En el segundo, nos encontrábamos ante una forma de provisión que se materializaba en el balance de la empresa en forma de reservas para afrontar el pago futuro de las prestaciones devengadas por los empleados³⁰⁶. En ambos casos, se trataba de sistemas de alto riesgo para los empleados, en lo que se refiere a las expectativas de cobro de los compromisos por pensiones pactados, dado que las posibilidades de obtener la prestación futura se hacía depender de la situación económica de la empresa³⁰⁷. De este modo, en el momento en que desapareció el contexto de bonanza económica bajo el que se pactaron la mayoría de los regímenes de previsión social complementaria empezaron a hacerse insostenibles las cargas asumidas para financiar las prestaciones, comprometiéndose, en algunos casos, la propia marcha de la empresa.

Estábamos, por tanto, ante una situación en la que garantizar el abono de las pensiones comprometidas se hacía depender de la mayor diligencia y precaución del empresario, el cuál con suerte podía haber segregado los recursos afectos al cumplimiento de las obligaciones futuras y confiar su gestión a una entidad especializada, pero en todo caso permanecía el riesgo de que los trabajadores vieran frustradas sus expectativas de cobro de las mejoras voluntarias constituidas a su favor. Se imponía, de este modo, una revisión del sistema de garantías en la percepción de las prestaciones dispensadas por los regímenes complementarios. Revisión que tenía un doble sentido: por un lado, se hacía necesario y urgente abordar el aseguramiento financiero de las mejoras voluntarias pactadas e instrumentadas con fondos internos y de cuyos inconvenientes como fórmula de financiación se ha dado cuenta más arriba, pero, por otro lado, también se imponía una remodelación de las garantías jurídicas inexistentes hasta ese momento, dado que los derechos a las pensiones reconocidos en las mejoras voluntarias pactadas convencionalmente otorgaban a los trabajadores simples expectativas de derecho que se veían frustradas como consecuencia de la ruptura del vínculo contractual con anterioridad a la actualización del hecho causante³⁰⁸. Se trataba de dos aspectos íntimamente vinculados puesto que con ambas medidas latía el intento de garantizar el cobro de los compromisos empresariales asumidos. Y así, la sucesión de normas en el tiempo ha estado marcada por la imbricación de estos dos

³⁰⁶ CARCELÉN CONESA, J. M.: *Planes de pensiones y sistemas de jubilación*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 40.

³⁰⁷ Los inconvenientes de estas formas de instrumentación de las mejoras eran significativos, destacando el hecho de que el cobro de las mismas se podía ver frustrado como consecuencia de una crisis económica, hasta que el trabajador no era titular de los recursos afectos al sistema de previsión, por lo que si abandonaba la empresa antes de que se produjera el hecho causante de la prestación objeto de mejora, veía frustrado su derecho de cobro. Cfr. CARCELÉN CONESA, J.M.: *Planes de pensiones...*, op. cit., p. 40 y GALLEGO LOSADA, R.: *Sistemas privados de pensiones...*, op. cit., pp. 64-75.

³⁰⁸ De estas dos dimensiones dan buena cuenta VILLA GIL, L. E. de la: "Estudio Preliminar" en: *Pensiones Privadas...*, op. cit., pp. XXVI-XXXIII y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 52-87.

aspectos, de modo que la adopción de instrumentos legislativos ha incidido tanto en el plano financiero, ahondando en el proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos, como en la dimensión de las garantías jurídicas exigibles para el cumplimiento de los mismos.

El primer intento de introducir algún tipo de cautela en el sistema se produce con la ordenación jurídica de los planes de pensiones a través de la Ley 8/1987, de 8 de junio desarrollada por el RD 1307/1988, de 30 de septiembre³⁰⁹. A parte de la motivación genérica que da lugar a la aprobación de la norma, consistente en relanzar estas instituciones de previsión como fórmulas complementarias y/o suplementarias de las pensiones públicas dotándolas, a la postre, de una legislación específica³¹⁰, se manifiesta en el texto legal una clara voluntad de superación de la etapa precedente caracterizada por las deficientes garantías en favor de los trabajadores en materia de previsión social complementaria³¹¹. En efecto, en cuanto a la necesidad de instaurar una adecuada garantía financiera que diera cobertura a los compromisos por pensiones contraídos por las empresas con sus trabajadores e instrumentados a través de fondos internos se da un primer paso al incentivar fiscalmente la transformación en fondos de pensiones de Entidades de Previsión Social, Fundaciones Laborales u otras Instituciones de Previsión del Personal, así como los Fondos constituidos por contribuciones y dotaciones realizadas para la cobertura de prestaciones análogas a las previstas en la Ley 8/1987, incluidas las pensiones causadas, cuando los partícipes o beneficiarios sean trabajadores o empleados de la propia empresa (disposición transitoria 1ª de la Ley

³⁰⁹ BOE 2 noviembre 1988.

³¹⁰ Representa el primer intento legislativo de establecer un marco jurídico para las pensiones privadas fuera, por supuesto, del sistema público de Seguridad Social (ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.: “Los instrumentos para la previsión complementaria en la empresa: situación normativa actual”, en VV. AA.: *Pensiones sociales...*, op. cit., p. 250). Un primer impulso, no exento de dificultades, dado que se trataba del tercer proyecto que se había presentado a las Cámaras desde que en 1979 se comenzó a hablar por la Administración de elaborar una normativa sobre la materia. El propio trámite parlamentario, en el que se presentaron más de setecientas enmiendas entre Congreso y Senado y la toma de posturas públicas por parte de centrales sindicales, asociaciones y organizaciones empresariales, expertos etc., dan una idea de la importancia que a la nueva Ley se le concedió en el mundo del trabajo y de la empresa (POMARÓN BAGÜES J. M.: “Los Planes de Pensiones del sistema de empleo y las entidades de previsión social”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1987, p. 1128). Recordar, asimismo, que la aprobación de la Ley 8/1987 vino precedida de una primera propuesta en base a la cuál los planes de pensiones iban a formar parte de la Ley Reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, pero que después de varios informes y estudios quedaron fuera de la que fue finalmente la Ley 46/1984, de 26 de diciembre dedicada, en exclusiva, a las citadas instituciones de inversión (ALMANSA PASTOR, J. M.: “Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones como instrumentos de seguridad social complementaria”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 24, 1984, p. 31).

³¹¹ La exigencia de regulación de una realidad que venía manifestándose de forma muy diversa y peculiar (pagos sobre la macha, reservas contables o fondos internos, recursos segregados o asegurados, etc.) se pone de manifiesto, entre otras razones, por la necesidad de un control de los instrumentos puestos en marcha en el seno de las empresas, dado que se trataba de medidas que podían significar la frustración de miles de trabajadores al no haberles exigido las garantías adecuadas, así como por la necesidad de instaurar los controles indispensables a tal fin (FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. A.: “Características básicas de la futura regulación de los Fondos de Pensiones”, en VV. AA.: *El futuro de las pensiones...*, op. cit., p. 201).

8/1987). Con la voluntaria conversión a fondos de pensiones de los fondos internos y del resto de instituciones de previsión preexistentes se pretendía llamar la atención de unos instrumentos en el que su marco regulador quería subrayar las medidas dirigidas a mantener la solvencia de la institución. Y así, una de estas cautelas previstas en la Ley 8/1987 consiste en la integración obligatoria de los planes en un fondo de pensiones [art. 5.1.e)], lo que supone que los medios financieros previstos para dar cumplimiento a los compromisos por pensiones salen del patrimonio del empresario y se incorporan obligatoriamente en el patrimonio del fondo, de modo que se produce una separación patrimonial que hace del fondo el responsable de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, favoreciendo el mantenimiento del sistema con independencia de las vicisitudes empresariales en los supuestos de crisis e insolvencia de las empresas promotoras. Al lado de esta medida cabe mencionar otras, como el propio sistema de capitalización que está en la base del régimen de funcionamiento de estos mecanismos, y muy especialmente, la necesidad de establecer reservas patrimoniales adicionales que garanticen la viabilidad del Plan [art. 5.1.b)], así como la posibilidad de prever la contratación de seguros, avales y otras garantías (art. 8.2). En fin, medidas todas ellas que tratan de incidir en el aspecto de la instrumentación técnico-financiera de la previsión complementaria de base profesional, haciendo de ésta un mecanismo más seguro en orden a la efectiva realización de los compromisos por pensiones.

Pero, en todo caso, la novedosa legislación ordenadora de los planes de pensiones supuso introducir en el marco regulador de los compromisos por pensiones una serie de garantías jurídicas específicas en favor de los derechos adquiridos de los partícipes y beneficiarios. Como más adelante se tendrá ocasión de comprobar, la Ley 8/1987 introdujo un conjunto de medidas tendentes a dotar de mayor seguridad a las instituciones de previsión encargadas de la ordenación de los regímenes profesionales complementarios. De un lado, se garantizaba a los partícipes la atribución de derechos económicos desde el mismo momento en que se realizaban aportaciones a su favor [art. 5.1.d)], es decir, se reconocía a favor de los partícipes auténticos derechos consolidados y no simples expectativas de derecho o derechos en curso de adquisición. La virtualidad de este reconocimiento estribaba en que al partícipe se le atribuía la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan (art. 8.4), de modo que éste ostentaba una auténtica posición jurídica individual en relación a la parte del activo del fondo de pensiones en que estuviera adscrito el plan, con lo que en el supuesto de una eventual extinción de la relación laboral o en el caso de la terminación del propio plan se podía proceder a la transferencia de los derechos reconocidos hasta ese momento a otro plan o, incluso, se garantizaba el mantenimiento de sus derechos en el mismo plan en el caso

de haber cesado en la realización de aportaciones, directas o imputadas (art. 20.5 RD 1307/1988). Al lado de este reconocimiento, en lo que a los derechos consolidados se refiere, la Ley 8/1987 introdujo un principio básico tendente también a dotar de mayor seguridad jurídica a los compromisos por pensiones asumidos en las empresas: nos referimos a la irrevocabilidad de las aportaciones del promotor del plan del sistema de empleo. Ello comportaba que el promotor obligado a cumplir con el compromiso de aportación no podía revocar una obligación jurídicamente exigible. En fin, la Ley 8/1987 incorporaba al sistema de previsión social voluntaria existente en ese momento un mecanismo de protección que trataba de evitar los efectos perversos reconocidos en los compromisos por pensiones instrumentados a través de fondos internos.

Sin embargo, como ya quedó dicho más arriba, la exteriorización de los compromisos por pensiones era facultativo para las empresas (disp. trans. 1ª Ley 8/1987) lo que podía suponer que en la práctica no se llevara a cabo la conversión efectiva de los instrumentos de financiación de las mejoras voluntarias, ya fuera en la forma de pago sobre la marcha o en la modalidad de reservas contables, a fondos de pensiones. De hecho, el período voluntario instaurado por la Ley 8/1987 y desarrollado por las disposiciones transitorias 1ª y 2ª del RD 1307/1988 para la transformación en fondos de pensiones de los fondos internos y de otro tipo de instituciones de previsión personal no tuvo el éxito esperado dado que seguían siendo mayoritarias las empresas que mantenían la instrumentación de sus compromisos a través de fondos internos e, incluso, mediante la fórmula del pago en caja³¹². De ahí que se entendió como necesaria la adopción de nuevas medidas que afrontaran definitivamente el aseguramiento financiero de los sistemas privados de pensiones dotándolos de mayor seguridad.

Y así, la primera de ellas surge como consecuencia de la aprobación del RD 1463/1990, de 20 de diciembre, que reguló el Plan de Contabilidad³¹³ en desarrollo de la nueva legislación de sociedades, y que obligó a las sociedades a incluir, dentro del pasivo del Balance, la obligación contraída por la empresa con sus trabajadores en forma de compromisos por pensiones en una partida denominada “provisiones para riesgos y gastos” integrada, entre otras, por la cuenta núm. 140 de “provisión para pensiones y obligaciones similares”. Es decir, se exigió con la nueva norma mercantil que las aportaciones a regímenes complementarios de pensiones y, en concreto, los referidos a “fondos destinados a cubrir las obligaciones legales o contractuales referentes al personal de la empresa con motivo de su jubilación o por otras atenciones

³¹² Sobre este particular, véase, *in extenso* GALLEGOS LOSADA, R.: *Sistemas privados de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 223-230.

³¹³ BOE 27 diciembre 1990.

de carácter social (viudedad, orfandad, etc.)”, fueran objeto de las provisiones necesarias para hacer frente a las obligaciones de pago por pensiones. Ello comportaba, en consecuencia, la prohibición de los pagos en caja o sobre la marcha, dado que hasta ese momento se admitía la posibilidad de que los compromisos adquiridos por las empresas no tuviesen más reflejo contable que el pago de las prestaciones en el momento de producirse éstas³¹⁴. Pero, en todo caso, la exigencia de constituir provisiones para atender las obligaciones futuras de los compromisos contraídos en materia de pensiones seguía sin eliminar los riesgos asociados a este tipo de instrumentación contable, ya que la prestación contenida en tal instrumento seguía siendo una expectativa de derecho que no se materializaba hasta el acaecimiento del hecho causante correspondiente. Además de que los fondos dotados para atender la deuda contraída seguían formando parte del patrimonio empresarial, siendo éste su titular y el encargado de la gestión de los mismos, con lo que el derecho de cobro no estaba garantizado en caso de insolvencia empresarial.

Bajo este contexto, en la que siguen sin existir las debidas garantías financieras, es cuando surge la segunda de las medidas legislativas, definitivamente impulsoras de la institución de los planes y fondos de pensiones: nos referimos a la Ley 30/1995, ya citada, que modifica la disp. adic. 1ª de la Ley 8/1987. A partir de la promulgación de la citada norma, se impone de forma obligatoria la exteriorización de los compromisos por pensiones instrumentados a través de fondos internos. La obligación de exteriorizar se extiende, no sólo sobre el futuro, en lo que a los compromisos que las empresas puedan contraer a partir de la entrada en vigor de la norma, sino que también se proyecta sobre las anteriores obligaciones contraídas y financiadas con simples reservas contables. A esto último hacía alusión la disp. trans. 14ª de la Ley 30/1995 al establecer un plazo de tres años, desde la entrada en vigor de la norma, para que según lo dispuesto por la disp. adic. 1ª de la Ley 8/1987 se produjera la instrumentación efectiva a través de un contrato de seguro o de la formalización de un plan de pensiones (o de ambos) de los compromisos por pensiones existentes con anterioridad. De este modo, se produce un salto importante en lo que a las garantías de las pensiones privadas se refiere, ya que se pasa de una etapa en la que la exteriorización de los compromisos por pensiones era facultativa para las empresas, aunque fuertemente incentivada, a otra, en la que la exteriorización deviene obligatoria³¹⁵.

Con independencia del tratamiento que se haga con posterioridad del principio de externalización *ex lege* de los compromisos por pensiones y su conexión con el sistema institucional de los fondos de pensiones, conviene

³¹⁴ GALLEGO LOSADA, R.: *Sistemas privados de pensiones...*, *op. cit.*, p. 119.

³¹⁵ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión social...”, *op. cit.*, p. 106.

decir que la innovación introducida por la Ley 30/1995, más tarde desarrollada por el RICP, supuso reforzar el marco regulador de los regímenes complementarios de base profesional al prohibir los fondos internos y hacer de la obligación de externalización de los recursos aportados para hacer frente al pago de las pensiones privadas una garantía para el mantenimiento del sistema con independencia de las vicisitudes empresariales, y, en particular, frente a los supuestos de crisis e insolvencia de las entidades promotoras de los planes del sistema de empleo. Asimismo, la Ley 30/1995 introdujo importantes novedades en la ordenación jurídica de los planes de pensiones del sistema de empleo, ampliamente desarrolladas en el RICP, que tuvieron un efecto positivo en la implantación de estos instrumentos de previsión. Así, se autorizó a las empresas de menos de 250 trabajadores a promover e instrumentar los compromisos por pensiones a través de un plan conjunto, con lo que se incrementaban las posibilidades de incorporar planes en el seno de las pequeñas y medianas empresas. Del mismo modo, se vino a admitir el supuesto de un plan para un grupo de empresas, siguiendo la recomendación del Consejo Económico y Social, que en su Dictamen 9/1994 entendía necesaria, por razones tanto de economía de costes como de simplificación de la organización, la consideración de los grupos de empresas como entidades promotoras de un único plan que abarcara a todos los empleados pertenecientes a las empresas del grupo³¹⁶.

En todo caso, tiempo habrá en otro lugar de analizar el proceso de externalización de los citados compromisos y de comprobar críticamente si con la prohibición del mantenimiento de los fondos internos y, por tanto, del impulso dado a los planes de pensiones como instituciones de previsión se consigue con ello una aseguramiento financiero pleno de los sistemas de protección complementaria. Al mismo tiempo, quedan pendientes cuestiones tales como el análisis del significado técnico-jurídico del principio de externalización de los compromisos por pensiones; el estudio del propio proceso de exteriorización, muy especialmente del período transitorio de externalización de los compromisos por pensiones ya asumidos; así como la efectiva materialización de esa obligación de exteriorización llevada a cabo a través de la negociación colectiva o, incluso, el mantenimiento excepcional de los fondos internos para el caso de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y las agencias de valores.

Pero, en cualquier caso, cabe concluir este apartado diciendo que con la obligación de exteriorización confirmada por la Ley 30/1995 y ampliamente desarrollada por el RICP se abría una nueva etapa para el

³¹⁶ Dictamen del Consejo Económico y Social núm. 9/1994, de 23 de noviembre de 1994 sobre el Anteproyecto de Ley de Ordenación de los Seguros Privados (*Dictámenes 1994*, Comité Económico y Social, Madrid, 1995, p. 148).

desarrollo de los planes y fondos de pensiones como instrumentos de protección³¹⁷, dado que no cabe ninguna duda que la externalización de los compromisos por pensiones constituía en sí misma una medida que reforzaba el sistema de garantías de cumplimiento de las obligaciones de previsión, y ello porque la separación patrimonial, que era la base del funcionamiento de un fondo de pensiones, permitía una gestión independiente que evitaba que los fondos destinados a pensiones pudieran ser reclamados por la empresa o por sus acreedores e, incluso, hacía del citado fondo una institución ajena a las dificultades financieras y de índole económica que pudieran afectar a la empresa.

B) El tratamiento fiscal privilegiado como factor de desarrollo de la previsión social voluntaria de carácter privado

El régimen tributario de los planes y fondos de pensiones fue un aspecto determinante en cuanto a la posible expansión de esta institución³¹⁸. La apuesta que con la Ley 8/1987 se hacía por hacer de este instrumento un potente mecanismo de protección social que fuera complementario del sistema público obligatorio de Seguridad Social exigía de algún tipo de incentivo lo suficientemente ventajoso para sus posibles destinatarios. De este modo, el debate acerca de las posibles medidas a adoptar para favorecer el impulso de las pensiones privadas giraba en torno a dos consideraciones fundamentales: por un lado, el posible trato fiscal favorable de este mecanismo en relación a otras instituciones de previsión, especialmente en el caso de Mutualidades y Montepíos, y, por otro lado, la necesidad de potenciar los fondos de pensiones como elemento dinamizador de la economía, en concreto, en lo que al mercado de capitales se refiere³¹⁹, ya que el flujo creciente y continuado de recursos podía

³¹⁷ La evolución de los planes, en general, desde 1992 muestra que el patrimonio y el número de partícipes de este instrumento de previsión ha seguido en España una tendencia alcista durante estos años. No obstante, en un análisis más detallado por modalidad de plan observamos un especial dinamismo en los planes de la modalidad del sistema de empleo. De hecho, este tipo de plan registra una tasa de crecimiento superior a la de los individuales y asociados, sobre todo desde 1996. Así, a 30 de junio de 2001, el patrimonio correspondiente a los planes de pensiones de empleo creció durante el último año un 31,3 por 100 frente al 12,02 por 100 de los planes de pensiones individuales. Por su lado, los planes de pensiones asociados registraron una caída del 3,5 por 100 para el mismo período. *Vid.*, AHUMADA CARAZO, R. M.^a: “Aspectos económicos y financieros que demandan la reforma de los Planes de Pensiones de Empleo: causas, efectos y propuestas”, *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, núm. 5, 2001, p. 97.

³¹⁸ El previsible éxito o nivel de aceptación social de los fondos de pensiones descansa, en gran medida, en el régimen fiscal dado a las aportaciones y al fondo de pensiones que canaliza los recursos (ANFOSSO BORRELL, S.: *Iniciación a los Fondos de Pensiones*, Bilbao, Deusto, 1988, p. 79). Sirva de ejemplo el caso del Reino Unido en el que las ventajas fiscales concedidas por el Estado tuvieron una influencia decisiva en el desarrollo de los sistemas privados de pensiones. *Vid.* BLAKE, D.: *Pension Schemes and Pension Funds in the United Kingdom*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 36-41.

³¹⁹ Para DAVIS, el impacto de los fondos de jubilación en los mercados de capitales ha sido mayor en algunos países que en otros, pero se pueden constatar unas tendencias comunes en dichos mercados, a saber: una asignación eficiente de recursos, una mayor innovación financiera y una creciente modernización de las estructuras de aquéllos (*Pension Funds. Retirement-Income Security and Capital*

suponer un elemento estabilizador de los tipos de interés, facilitando una financiación a largo plazo de la que estaba muy necesitada la economía española³²⁰. En definitiva, se argüían razones de índole económica y financiera extraídas del Derecho comparado³²¹ para justificar la protección y promoción de estas instituciones, siendo el régimen tributario un elemento nuclear a considerar a la hora de favorecer el acceso de los potenciales partícipes y promotores a esta figura³²².

Precisamente, la plasmación de estos incentivos fiscales en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones no se hizo esperar, y desde la aprobación de la Ley 8/1987 se han convertido en uno de los elementos esenciales del protagonismo adquirido por estos instrumentos. Y así, un primer paso en favor de los sistemas privados de pensiones instrumentados a través de planes estuvo constituido por dos aspectos trascendentales que marcaron el inicio de una política pública de claro alentamiento institucional en favor de la organización de sistemas complementarios de pensiones a través de fondos de pensiones. Por un lado, tal y como se ha podido comprobar con anterioridad, la disposición transitoria 1ª, apartados 1º y 4º, de la Ley 8/1987 y su desarrollo reglamentario fomentaban inequívocamente la transformación en fondos de pensiones de las instituciones de previsión del personal ya existentes antes de la entrada en vigor de aquella norma. Se optaba, en este sentido, por la organización de los sistemas complementarios de base profesional a través de los fondos de pensiones³²³, incentivando fiscalmente la conversión de Mutualidades de Previsión Social, Fundaciones Laborales y fondos internos a fondos de pensiones, de modo que a estas instituciones, especialmente a las Entidades de Previsión Social, se les planteaba la triple opción de mantener este carácter, disolverse o transformarse en fondos de pensiones³²⁴. Y así, el tratamiento fiscal que se otorgaba a las instituciones

Markets. An International Perspective, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 178). A nuestro juicio, siguiendo a TAMBURI y CHASSARD, estos efectos no resultan tan evidentes, puesto que tal consecuencia, el incremento del ahorro nacional y la dinamización, por ende, de la economía, no tiene en cuenta, al menos, dos aspectos: de un lado, que la potenciación de los fondos de pensiones son el resultado del desmantelamiento de otros sistemas de previsión y ahorro; y, de otro, que dicha implementación se lleva a cabo, normalmente, a través de un tratamiento fiscal ventajoso de dichas instituciones (*Fonds de Pension. Comment font les autres pays*, Paris, Economica, 2002, pp. 172-173). Asimismo, no se tienen en cuenta los efectos desestabilizadores que los fondos de pensiones pueden tener en los mercados financieros internacionales. Un análisis de éstos en NIKONOFF, J.: *La comédie des fonds de pension*, Paris, Arléa, 2.ª ed., 2000, pp. 93-117.

³²⁰ PARRA MARTÍN-URDA, D.: “La implantación en España del sistema de Fondos de Pensiones”, en VV. AA. (Navas Olóriz, J. ed.): *Los Planes y Fondos de Pensiones. Aspectos económicos, actuariales y jurídicos*, Madrid, Economistas, 1989, p. 18.

³²¹ Véase, al respecto VV. AA.: *Los Fondos de Pensiones*, Madrid, Bolsa de Madrid, 1984.

³²² REYNAUD, E.: “Les fonds de pension et l’avenir des retraites en France”, *Droit Social*, núm. 9-10, 1995, p. 807.

³²³ Un análisis práctico de la conversión de las prestaciones complementarias en planes y fondos de pensiones en VIDAL CARUANA, G.: “Planes y Fondos de Pensiones. La conversión de las actuales prestaciones complementarias de empresa”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, pp. 1344-1356.

³²⁴ POMARÓN BAGÜES, J. M.: “Los Planes de Pensiones del sistema de empleo...”. *op. cit.*, p. 1132.

que se transformaran era especialmente propicio, dado que las aportaciones realizadas por los promotores iban a ser deducibles del Impuesto de Sociedades [disp. trans. 1ª, aptdo. 5º, letra a) RD 1307/1988], las cantidades integradas en los fondos de pensiones no se les exigiría imputación fiscal a los partícipes (disp. trans. 1ª, aptdo. 3º RD 1307/1988) y los incrementos o disminuciones patrimoniales que pudieran surgir como consecuencia de la integración, quedaban exentas de la tributación que les correspondiese (disp. trans. 1ª, aptdo. 2º RD 1307/1988). Un abanico, por tanto, de medidas³²⁵ que, desarrolladas luego por la Orden de 27 de julio de 1989³²⁶, venían a tratar de favorecer la reconducción del conjunto de las instituciones preexistentes con anterioridad a la aprobación de la Ley 8/1987 a la figura de los planes y fondos de pensiones.

Junto a esta medida, consistente en incentivar la exteriorización de los fondos internos, así como la transformación de otro tipo de instituciones de previsión social, se estableció un régimen fiscal claramente favorable a los planes; un excelente tratamiento en materia tributaria que se manifestaba, muy especialmente, a través de la instauración de un sistema de “diferimiento en el pago de las cargas tributarias”, al pretender trasladar el efecto tributario sobre el trabajador al momento mismo de percepción de las prestaciones³²⁷. Junto a éste aspecto central, la disposición adicional 1ª Ley 8/1987 ordenaba un régimen fiscal en el que se establecían un conjunto de deducciones aplicables tanto a promotores como partícipes, así como una fiscalidad privilegiada para el plan y para los fondos de pensiones. Y así, en el supuesto de los planes de pensiones, éstos no eran sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades (art. 56.1 RD 1307/1988) y, por tanto, las rentas correspondientes a los planes quedaban excluidas del régimen de imputación de rendimientos (arts. 29 Ley 8/1987 y 56.2 RD 1307/1988). Por lo que respecta a los fondos de pensiones, se establecía una exención del Impuesto sobre el Valor Añadido en cuanto a los servicios de gestión de los mismos (art. 57 RD 1307/1988), estaban sujetos al Impuesto de Sociedades a un tipo de gravamen cero, teniendo, en consecuencia, derecho a la devolución de las retenciones practicadas sobre los rendimientos del capital mobiliario (arts. 30.1 Ley 8/1987 y 58.1 RD 1307/1988) y, finalmente, la constitución, disolución y las modificaciones patrimoniales

³²⁵ Una generosa oferta legal de toda clase de facultades y ayudas económicas a aquellas mutualidades, montepíos y demás entidades de previsión social no lucrativa que aceptaran su transformación en fondos de pensiones (GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Las funciones de la iniciativa privada...”, *op. cit.*, p. 887). En definitiva, se trataba de un estímulo evidente al proceso de transformación de las entidades a las que aludía la disp. trans. 1ª Ley 8/1987, lo que suponía impulsar aún más el proceso de reordenación del seguro privado, ya iniciado con la Ley 33/1984, de 2 de agosto (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario de...”, *op. cit.*, p. 1029).

³²⁶ Que regulaba el proceso de formalización de Planes de Pensiones promovidos al amparo del régimen transitorio establecido en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 1307/1988 (BOE 31 julio 1989).

³²⁷ RAMÍREZ MEDINA, E.: “Fiscalidad de los sistemas de previsión social empresarial”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 56, 1996, p. 81.

de los fondos estaban exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (arts. 30.2 Ley 8/1987 y 59 RD 1307/1988). Por otro lado, y en relación a los promotores de los planes de pensiones, las aportaciones de éstos a los planes e imputadas a los partícipes eran deducibles del impuesto correspondiente [arts. 27.a) Ley 8/1987 y 61 RD 1307/1988], debiendo respetar, en todo caso, un límite financiero máximo anual [arts. 5.3 Ley 8/1987 y 4.2.b) RD 1307/1988]. Al mismo tiempo, los partícipes podían deducir en la base imponible de su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sus aportaciones personales y las contribuciones que le hubieran sido imputadas por el promotor en concepto de rendimientos del trabajo dependiente, respetando, en todo caso, un límite máximo de deducción [arts. 27.b) Ley 8/1987 y 64.1 RD 1307/1988].

En fin, estábamos ante un régimen fiscal que contrastaba con el reservado para el resto de instituciones de previsión, especialmente para el supuesto de las Entidades de previsión social, en el cuál se podían encontrar claros ejemplos de un más que evidente tratamiento fiscal discriminatorio³²⁸. Esta diferenciación en cuanto al régimen tributario se manifestaba con especial contundencia en un aspecto fundamental contenido en el Cap. IX del RD 1307/1988 que desarrollaba la disposición adicional 1ª Ley 8/1987: nos referimos a las mayores dificultades que las instituciones de previsión distintas de los planes tenían a efectos de la posible deducibilidad fiscal de las dotaciones a esas fórmulas alternativas o, incluso, en lo referente a la fiscalidad establecida para los sujetos a quienes se vinculasen estas contribuciones.

Y así, con respecto a lo primero, el art. 71 RD 1307/1988 exigía el cumplimiento simultáneo de tres condiciones para que la aportación que realizase una empresa en favor de sistemas alternativos de cobertura de prestaciones, es decir, los instrumentados a través de un fondo interno, una Mutualidad o una póliza de seguro, pudiera ser objeto de deducción del Impuesto de Sociedades: en primer lugar, que tales contribuciones fueran imputadas fiscalmente en la imposición personal del sujeto al que se vinculen éstas; en segundo lugar, que el pagador transmita la titularidad de los recursos en que consistan dichas contribuciones y, por último, que sean obligatorias para el pagador. Precisamente, el requisito de la imputación fiscal es el que planteó mayores interrogantes en cada una de las modalidades de previsión distintas de los planes, dado que en este aspecto es dónde más claramente se podían comprobar las ventajas fiscales de los planes. Y así, para las Mutualidades de Previsión cabía apuntar los problemas derivados de la dificultad de llevar a la práctica los mecanismos

³²⁸ Para algunos, desde el punto de vista tributario, el régimen aplicable entonces a los fondos no tenía competencia [MATEU ROS CERREZO, R.: “Planes y fondos de pensiones: Régimen jurídico social (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núms. 40 y 41, 1988, p. 996].

de imputación, ya que estas entidades se basaban en sistemas de capitalización colectiva, así como el hecho de que la transmisión de la titularidad se producía en favor de la Mutualidad, por lo que ello podía suponer el que se hiciera tributar a los mutualistas no por un derecho real, sino por una expectativa de derecho³²⁹. Por lo que respecta a las pólizas de seguros, su principal inconveniente se manifestaba en el hecho de que mientras en los planes de pensiones no se pagaban impuestos por las aportaciones ni por sus rendimientos a cambio de pagar íntegramente las pensiones; en las pólizas de seguro se pagaban impuestos por las primas y por sus rendimientos a cambio de no pagar por las pensiones (en la medida en que coincidían con las primas)³³⁰.

Con respecto a la tributación de las instituciones de previsión en sí, cabía destacar la privilegiada posición de los fondos de pensiones con respecto a las Entidades de Previsión Social voluntaria. Y así, aún cuando las Mutualidades estaban exentas del Impuesto de Sociedades [art. 5.2.c) Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades³³¹], sin embargo, a diferencia de los planes de pensiones, aquéllas no tenían derecho a la devolución de las retenciones que se hubieran practicado. De esta forma, la exención concedida en el Impuesto de sociedades a las Mutualidades y Montepíos de Previsión Social [art. 5.2.c) Ley 61/1978] no permitía recuperar las retenciones soportadas al percibir intereses o dividendos³³².

Ante esta situación de especial disparidad en el tratamiento fiscal, se entendió necesaria una plena homogeneización del conjunto de los instrumentos de previsión complementaria en materia tributaria que permitiera evitar toda discriminación injustificada entre los mismos favoreciendo una elección libre por empresarios y trabajadores, no basada precisamente en ese distinto régimen fiscal³³³. Y, en este sentido, aún cuando la Ley 30/1995 corrigió esa situación de desventaja de otros instrumentos de previsión, especialmente de las Mutualidades de Previsión Social³³⁴, equiparando fiscalmente al conjunto de los mecanismos de la protección social voluntaria, no cabe duda de que el efecto de esa primera

³²⁹ BARCELÓ RICO-AVELLÓ, G. y AVALOS MUÑOZ, L. M.: *Previsión social en la empresa*, Madrid, Espasa-Calpe -C. D. N.- Ciencias de la Dirección, 1991, p. 200.

³³⁰ MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos de pensiones. Comentarios al reglamento*, Madrid, C. D. N.-Ciencias de la Dirección, 1988, p. 238.

³³¹ BOE 30 diciembre 1978.

³³² MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 197.

³³³ Estas consideraciones son las que manejó el CES en su Dictamen núm. 9/1994 (*Dictámenes 1994*, *op. cit.*, p. 148).

³³⁴ La Ley 30/1995 dio una nueva redacción al artículo 71 de la Ley 18/1991, de 6 de junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE 7 junio 1991) otorgando un tratamiento impositivo equivalente a las cantidades abonadas a las Mutualidades de Previsión Social y a las aportaciones realizadas por los partícipes en Planes de Pensiones, incluyendo las contribuciones del promotor imputadas a éstos en concepto de rendimientos del trabajo dependiente.

política fue de claro apoyo institucional a los planes de pensiones en detrimento del resto de instrumentos. Política de alentamiento que ha continuado desde la aprobación de la Ley 30/1995 y que ha formado parte de un programa calculado de estímulos fiscales, que en forma de goteo normativo se han ido implantando a lo largo de la última década. La pretensión de este conjunto de propuestas reformadoras es volver a incidir en el tratamiento fiscal de los planes, y hacerlo con un doble sentido: por un lado, tratando de mejorar los incentivos fiscales ya existentes adaptándolos a las nuevas exigencias y, por otro, incorporando nuevas ventajas tributarias que favorezcan un mayor desarrollo de los planes.

Y así, del conjunto de los estímulos fiscales que se mantienen e, incluso, se mejoran cabe mencionar las deducciones empresariales antes apuntadas por contribuciones a los planes y fondos de pensiones, así como para el resto de los sistemas de previsión social complementaria³³⁵. De este modo, se prevé la deducibilidad de las aportaciones empresariales a planes de pensiones empresariales, así como de las contribuciones para la cobertura de contingencias análogas a las de los planes de pensiones³³⁶. Asimismo, a partir del 1 de enero 2002 ha entrado en vigor una nueva medida a incorporar al ya ventajoso sistema de deducciones aplicables a la empresa, consistente en una deducción en la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades por el 10 por 100 de las aportaciones realizadas por la empresa a favor de empleados con retribuciones anuales inferiores a 27.000 euros. De tratarse de un trabajador con unas retribuciones brutas anuales iguales o superiores a la citada cantidad, la deducción del 10 por 100 se aplicará sobre la parte proporcional de las contribuciones empresariales que corresponda al importe reseñado anteriormente³³⁷.

Por otro lado, cabe destacar el conjunto de ventajas que se han ido introduciendo en el tratamiento impositivo de los partícipes, de las cuáles resulta de una enorme trascendencia la relativa al aumento progresivo de los límites que afectan a las reducciones de la base imponible del Impuesto sobre la renta de las personas físicas en relación con las aportaciones y contribuciones realizadas a planes de pensiones, a Mutualidades de Previsión Social y primas satisfechas a seguros y planes de previsión asegurados. Como se sabe, el partícipe podía reducir en la base imponible del IRPF las cantidades que aportaba a planes de pensiones (de empleo, individual y asociado) y las contribuciones realizadas por el promotor e imputadas al mismo, siempre que no se superasen determinados límites. Se

³³⁵ Art. 13.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11 marzo 2004).

³³⁶ Aunque deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) que sean imputadas fiscalmente a las personas a quienes se vinculan las prestaciones; b) que se transmita de forma irrevocable el derecho a la percepción de las prestaciones futuras; c) que se transmita la titularidad y la gestión de los recursos en que consistan dichas contribuciones (art. 13.3 Real Decreto Legislativo 4/2004).

³³⁷ Art. 43.3 Real Decreto Legislativo 4/2004.

trataba, de este modo, de favorecer un sistema de diferimiento impositivo, consistente en retrasar al momento del cobro de la prestación el pago de los impuestos correspondientes, permitiendo mientras tanto su reducción en la base imponible. Lo determinante, por tanto, a efectos de la imposición era el momento del acceso a la prestación, de ahí que el beneficio fiscal se conceda al partícipe a cambio de la obligación de no disponer de los recursos acumulados hasta la edad de retiro, en el caso de la jubilación³³⁸. Pues bien, esta reducción tenía un límite, una cuantía máxima de aportaciones y/o contribuciones que podía ser objeto de reducción en la base imponible del IRPF. Límite que se ha ido ampliando desde la aprobación de la Ley 8/1987³³⁹ con la finalidad de salvar determinadas dificultades que podían impedir una correcta implantación de los planes de pensiones³⁴⁰. Precisamente una de las novedades más significativas del régimen tributario de aplicación a los partícipes estuvo constituida por la aplicación de forma separada de los límites máximos de aportación para las aportaciones propias de los partícipes, de un lado, y para las contribuciones realizadas a su favor por el empresario, por otro³⁴¹. Por lo tanto, un partícipe de un plan del sistema de empleo podía realizar aportaciones personales por un importe igual al máximo determinado para su edad y, al mismo tiempo, el empresario podía imputarle aportaciones por el importe máximo correspondiente según su edad. Estábamos, por tanto, ante un aspecto que debía jugar un papel trascendental en el desarrollo de los planes de pensiones del sistema de empleo, dado que hasta ese momento

³³⁸ FERNÁNDEZ BRIONES, J.: “Régimen tributario de las aportaciones a Planes de Pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de Pensiones*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 296.

³³⁹ De las 750.000 pesetas aplicables a la unidad familiar a las que aludía el art. 5.3 Ley 8/1987 se ha pasado hoy, tras sucesivas reformas, a los 10.000 euros por persona. Se trata de un límite que rige en la actualidad para los partícipes de hasta 52 años. A partir de esa edad, el citado límite se incrementa en 2.500 euros adicionales [art. 52.1.b) Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29 noviembre 2006)].

³⁴⁰ Tres de los problemas que planteaba la regulación de los límites de aportación anual a los respectivos planes eran los relativos al establecimiento de una cantidad fija e invariable como cifra máxima de aportación, a que ésta jugara para el conjunto de los planes de una unidad familiar y al hecho de que no se hubiera tenido en cuenta la posible discriminación de las personas de edad avanzada. El inconveniente del establecimiento de una concreta cuantía máxima era que la citada cifra podría resultar, en determinados supuestos, insuficiente, mientras que, en otros, podía superar la cifra necesaria para la cobertura de las prestaciones. Se abogó, de esta forma, por no establecer límites a la deducibilidad de las aportaciones o, en el caso de establecerse, que fuera en forma de porcentaje del salario y, por consiguiente, proporcional al mismo. En lo que respecta al inconveniente que representaba el establecimiento del citado límite para la unidad familiar, se postulaba la aplicación del mismo de forma individual, dado que de esa manera se superaba la posible discriminación de las familias en las que existían varias personas trabajando. Por último, el límite de aportación anual no tenía en cuenta la situación de aquellas personas a las que les resta poco tiempo para alcanzar la jubilación, impidiéndoles la realización de aportaciones necesarias para las prestaciones suficientes. *Vid.* PARRA MARTÍN-URDA, D.: “La implantación en España...”, *op. cit.*, pp. 21-22 y MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, pp. 180-181. Todos estos aspectos son los que se han tratado de superar con las modificaciones normativas de los últimos años al objeto de favorecer una mayor desarrollo de los planes.

³⁴¹ Art. 5.3.a) TRLRFP.

los límites actuaban como máximos absolutos para la totalidad de las aportaciones y/o contribuciones a planes de pensiones³⁴². Pues bien, de nuevo, con especial acierto según nuestro criterio, se vuelve a imponer un límite máximo conjunto, tras la modificación operada por la disposición final 5ª de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre. Tal y como indica dicha norma, la experiencia de los últimos años demuestra que la media de aportación no ha superado los 2.000 euros, si bien se han incentivado de forma desproporcionada, y al margen de los objetivos de la previsión social, aportaciones muy elevadas para determinados contribuyentes con elevada capacidad económica. Parece, por tanto, injustificado seguir manteniendo una política de elevación de los límites máximos de aportación.

El cuadro de los incentivos fiscales aplicables a la figura de los planes de pensiones se cerraba, igualmente, con la instauración de un tratamiento impositivo ventajoso en favor de la percepción de prestaciones en forma de capital, ya que cuando las prestaciones se percibían, total o parcialmente, en forma de capital único su integración en la base imponible del IRPF se hacía como rendimiento íntegro del trabajo reduciendo el importe de la prestación en un 40 por 100, siempre y cuando hubieran transcurrido más de dos años desde la primera aportación, salvo en el caso de invalidez, en el que el plazo de dos años no era exigible para la aplicación de la reducción [art. 17.2.b) del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³⁴³ (hoy derogado)]. Del mismo modo, esta reducción se aplicaba a las Mutualidades de previsión social y a los contratos de seguros. De nuevo, al igual que con respecto a la reforma del límite máximo conjunto antes comentada, el legislador ha optado por eliminar la reducción del 40 por ciento anteriormente vigente para las retiradas del sistema del capital acumulado en forma de pago único en un intento por reorientar los incentivos fiscales a la previsión social complementaria hacia aquellos instrumentos cuyas percepciones se reciban de forma periódica.

Así, el conjunto de los incentivos fiscales otorgados a los sistemas de previsión social complementarios, de los que la figura de los planes de pensiones destaca de forma singular, merecen una reflexión crítica global. De un lado, se hace necesario poner de manifiesto que el tratamiento fiscal privilegiado se concede al margen de la naturaleza y finalidad lucrativa o no de las entidades gestoras que administran y gestionan los fondos de

³⁴² El art. 5.3 Ley 8/1987 indicaba que “las aportaciones anuales máximas de la unidad familiar a los Planes de Pensiones regulados por la presente Ley, incluyendo, en su caso, las que los promotores de dichos Planes imputen a los miembros de la unidad familiar, no podrán rebasar en ningún caso la cantidad de 750.000 pesetas”.

³⁴³ BOE 10 marzo 2004.

pensiones³⁴⁴. Por otro, el fomento de estos instrumentos de previsión puede tener un coste demasiado elevado en términos de recaudación fiscal perdida³⁴⁵. En efecto, los planes y fondos de pensiones están subsidiados fiscalmente, lo que supone para el Estado una pérdida de ingresos fiscales. De modo que cabe plantearse si realmente está justificada la política de subsidios fiscales otorgados a los fondos de pensiones.

Y así, habría que tener en cuenta que para que este tratamiento fiscal privilegiado de los regímenes complementarios de pensiones esté plenamente justificado debería atender adecuadamente a la doble función otorgada por el ordenamiento jurídico a estos instrumentos, muy especialmente en el caso de los planes y fondos de pensiones. De este modo, habría que recordar que los sistemas privados de pensiones atenderían a un doble cometido. De un lado, se les atribuiría una finalidad económica, consistente en favorecer el ahorro de las economías domésticas dinamizando, a la postre, el sistema financiero al canalizar dicho ahorro hacia la inversión. De esa forma el establecimiento de los sistemas complementarios de pensiones conllevaría un incremento en los recursos que se dirigen al mercado de valores. Por otro lado, con las pensiones privadas también se atiende una finalidad social, dado que sirven para satisfacer una necesidad sentida por una parte de la población consistente en tener cubiertas, por encima de del nivel de prestaciones de la Seguridad Social, sus necesidades económicas personales y familiares cuando cesen sus actividades profesionales, bien por jubilación, muerte, invalidez, etc.³⁴⁶. De ahí que la opción de beneficiar fiscalmente al conjunto de los regímenes de previsión social voluntaria no puede hacerse desconociendo estos dos elementos.

En este sentido, cabría apuntar que con el sistema de incentivos fiscales antes reseñado se cuestiona de una manera clara la doble función otorgada a los sistemas privados de pensiones. Más bien se haría prevalecer la consideración de los mecanismos de previsión privados, especialmente en el supuesto de los planes de pensiones, como instrumentos financieros de captación de ahorro y de inversión, desvinculándose de su función de tutela del interés social. Ejemplo de ello son las deducciones en la base imponible del partícipe, dado que el aumento continuado de los límites a las aportaciones no ha estado plenamente justificado, más bien ha reforzado la situación de partícipes con una mayor capacidad de ahorro. Realmente la

³⁴⁴ Hay que hacer notar que lo más habitual será que los fondos sean administrados precisamente por entidades aseguradoras con fines lucrativos y, en menor medida, por entidades de previsión social de finalidad no lucrativa (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 126).

³⁴⁵ Se ha podido estimar que la actual política de deducciones fiscales aplicada ha conllevado una evidente pérdida de ingresos para la Hacienda pública. Así, durante el período 1996-2000 el esfuerzo soportado asciende a más de 2.348 millones de euros (SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M. A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de pensiones*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 188).

³⁴⁶ POVEDA DÍAZ, A.: “Los sistemas complementarios de pensiones: marco internacional y su regulación en España”, *Información Comercial Española*, núm. 630-631, 1986, p. 87.

política de incrementar los límites financieros máximos de aportación tiene escasa incidencia práctica en los partícipes de planes de pensiones, de modo que los sucesivos incrementos de aportaciones tan sólo atienden a un grupo minoritario de la población, con rentas elevadas, cuyo objetivo no es tanto constituir el ahorro suficiente para complementar su prestación futura, sino más bien de lo que se trata es de beneficiarse de un potente instrumento de deducción que minimice la factura fiscal³⁴⁷. De igual modo, tampoco están plenamente justificados los incentivos fiscales a la percepción de prestaciones en forma de capital, ya que con ello se opta por hacer de los planes de pensiones un mero producto financiero, favoreciendo además, que una vez acaecido el hecho causante de la prestación, ésta se cobre en forma de capital, llevando a consumo inmediato, lo que fue generado con un fin de complemento de las pensiones públicas³⁴⁸.

Se puede afirmar, de este modo, que en términos generales no parece que con la política fiscal incentivadora de los instrumentos de previsión social voluntaria quede suficientemente garantizada la función social a la que éstos han de atender. Una función que debe caracterizarse por favorecer la universalización de estos mecanismos de protección, creando un ahorro a largo plazo que se vincule con la protección social pública a la que han de complementar. Más bien, y especialmente en el caso de los planes y fondos de pensiones, aparecen estrechamente conectados a una estrategia financiera que no es siempre coherente desde una perspectiva de protección social frente a las contingencias pensionables.

C) El reforzamiento de la autonomía colectiva como fuente principal de implantación de la protección social complementaria

Uno de los aspectos que han incidido en el desarrollo de los regímenes de protección social complementaria lo encontramos en el soporte legal promocional que en los últimos años ha convertido a la negociación colectiva en la fuente esencial de los mismos. En efecto, de una tímida o casi inexistente alusión a la autonomía colectiva en materia de previsión social privada hemos pasado a una etapa de claro refuerzo de su función como instrumento idóneo de implantación de los regímenes profesionales. Su mayor protagonismo hoy, sin embargo, contrasta con las primeras intervenciones legislativas, sobre todo en materia de planes y fondos de pensiones, en las que únicamente se aludía tangencialmente a la negociación colectiva. En todo caso, siguen habiendo aspectos problemáticos en lo que a la plasmación práctica del principio de autonomía colectiva negocial se refiere en el ámbito de la protección social voluntaria, lo que, sin lugar a dudas, ensombrece la bondad de las nuevas iniciativas normativas adoptadas en favor de hacer de la negociación

³⁴⁷ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 118.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 165.

colectiva la fuente originadora principal en la constitución de mecanismos de previsión privados en el seno de las empresas. Tiempo habrá, en todo caso, de analizar las fuentes de implantación de los planes y fondos de pensiones, y en especial de comprobar de forma más pormenorizada la importancia de la negociación colectiva en la actualidad. Lo realmente destacable en esta parte de este trabajo es comprobar como en los últimos años se han adoptado una serie de medidas dirigidas a reforzar la vinculación entre la negociación colectiva y la previsión social complementaria de corte privatista.

Y así, se puede señalar, en primer lugar, que la negociación colectiva ha sido protagonista en la instauración de prestaciones complementarias en la modalidad de mejoras voluntarias de Seguridad Social. Como se indicó más arriba, desde la aprobación del Decreto 56/1963, de 17 enero se produce una intensa intervención de la negociación colectiva en materia de protección social. La proliferación de las mejoras voluntarias en el ámbito profesional son el resultado del reconocimiento por vía legal de la idoneidad de los convenios colectivos para incorporar en su seno los regímenes complementarios de Seguridad Social. Será el art. 85.1 ET el que hará referencia explícita a las materias de índole asistencial como uno de los contenidos posibles de los convenios colectivos. A esta delimitación legal de los aspectos objeto de regulación por parte de la negociación colectiva, le siguieron décadas en las que se hace patente el protagonismo de la autonomía colectiva negocial en la protección social complementaria, vía mejoras directas. De conformidad con el art. 39.2 TRLGSS la protección social complementaria podía ser “objeto de contratación colectiva” a través de la figura de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Y pese a esta potencialidad de los instrumentos negociadores colectivos, la normativa reguladora de la previsión social voluntaria y privada no tomó conciencia de la misma y dio la espalda a la autonomía colectiva³⁴⁹.

Finalmente, y después del reconocimiento constitucional del principio general de libre contratación colectiva (art. 37.1), junto con la referencia que el art. 41, último inciso, CE hizo a la libertad en la instauración de prestaciones complementarias al régimen público de Seguridad Social, se abría una nueva etapa en la eventual contribución de la negociación colectiva en el desarrollo de los regímenes de previsión social voluntaria. Sin embargo, la aprobación de la Ley 8/1987 tan sólo aludía a la negociación colectiva en su disp. trans. 6ª en lo relativo al reconocimiento para el personal activo a la fecha de entrada en vigor de la Ley de derechos por servicios pasados derivados de compromisos anteriores que estuvieran formalizados en convenio colectivo o disposición equivalente.

³⁴⁹ GARCÍA MURCIA, J.: “El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 190.

Posteriormente, será el RD 1307/1988 quién exigirá de la intervención de la autonomía colectiva negocial a la hora de establecer criterios objetivos que sirvan para diferenciar las contribuciones del promotor (art. 5.3, último apartado RD 1307/1988). Por su parte, y en lo que a las Mutualidades de Previsión Social se refiere, el art. 64 Ley 30/1995 también realizaba una mención a los instrumentos de la negociación colectiva al establecer que tendrían la consideración de instituciones de previsión social empresarial aquéllas en las que todos los mutualistas fueran empleados de la empresa o institución en las que presten sus servicios, y las prestaciones que se otorguen sean únicamente fruto de acuerdos de previsión entre éstas y aquéllos. La situación anterior, a la que cabe calificar de indiferencia del ordenamiento jurídico con respecto a la función que podía adoptar la negociación colectiva como impulsora de la protección social complementaria objeto de estudio, pervivió hasta la aprobación de la Ley 30/1995.

Ocasión habrá más adelante de analizar la evolución de la negociación colectiva en materia de planes y fondos de pensiones y su verdadera virtualidad como mecanismo de encauzamiento y de regulación de estas instituciones de previsión, pero lo que se quiere poner de manifiesto en este momento es la orientación de las intervenciones legislativas en favor de una mayor conexión entre la autonomía colectiva y la previsión social complementaria, y como se concretaron estas medidas que reforzaron esta vinculación. De algún modo, en las intervenciones normativas que se van a comentar late el intento por hacer de la negociación colectiva la fuente esencial de los regímenes complementarios de base profesional, y ello porque en el caso del plan de pensiones es su ámbito propio, pero también por razones de pura efectividad real de la implantación de estos sistemas de previsión privada en las empresas³⁵⁰. En todo caso, el apoyo legal en favor de la negociación colectiva tiene lugar de una manera especial en los planes de pensiones del sistema de empleo. Así, a través de esta modalidad de protección voluntaria se busca intencionadamente una mayor implantación de los planes privados de pensiones en el ámbito empresarial, pero también, de forma indirecta, se quiere llamar la atención acerca de la virtualidad de los mecanismos privados de previsión existentes (planes de pensiones de carácter asociado, individuales, Entidades de Previsión Social y contratos de seguro).

Por un lado, una de las primeras medidas de potenciación de la negociación colectiva y, por ende, de los planes del sistema de empleo ha sido la prevista en los arts. 4.1.a) TRLPFP y 28.1 RFPF, introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del

³⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de “reforma social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003, p. 60.

orden social³⁵¹, con respecto a la posible incorporación directa de los empleados como consecuencia de que así lo haya previsto el convenio colectivo que formaliza el plan, de manera que se entenderían adheridos al mismo automáticamente, salvo que en el plazo que se recoja en el reglamento correspondiente declaren por escrito a la comisión promotora o de control del plan que desean no ser incorporados a aquél. De este modo, se produce un reconocimiento de la negociación colectiva como instrumento de afectación general incluso en el ámbito de las pensiones privadas, por lo que se favorece una reinterpretación de los derechos en juego, de manera que el principio de autonomía colectiva negocial no se ve impedido por el reconocimiento de la afiliación individual del trabajador, simplificándose enormemente la adquisición de la condición de partícipe. En todo caso, el legislador mantiene intacto el derecho de adhesión individual en consonancia con el carácter voluntario y privado de los planes de pensiones, por lo que será facultativo del plan establecer algún tipo de procedimiento de afiliación al mismo. Pese a esto último, este reconocimiento de la integración automática y directa de los potenciales partícipes a través de un convenio colectivo permitirá potenciar la negociación colectiva en la implantación de los planes del sistema de empleo y, al mismo tiempo, tener en cuenta el interés colectivo de previsión que subyace en todo sistema de pensiones.

Junto a la anterior medida, se dio otro impulso a la autonomía colectiva negocial a través de la instauración de los planes de promoción conjunta. Incorporados inicialmente a la Ley 8/1987 por la Ley 30/1995, esta medida supuso una apuesta clara por dar una mayor efectividad a la negociación colectiva como fuente. Las sucesivas reformas acontecidas en los últimos años en este tipo de planes no han hecho sino otorgarle un mayor protagonismo a la autonomía colectiva. Así, hoy los artículos 4.1.a) TRLFPF y 37.3.a) RFPF aluden de forma expresa al acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior al de empresa como fuente de los compromisos por pensiones asumidos a través de las diferentes formas de manifestación de este tipo de planes. Asimismo, los arts. 9.1.a) TRLFPF y 40.a) RFPF vuelven a hacer referencia a este tipo de acuerdo de ámbito supraempresarial para el caso de la formulación del proyecto inicial de un plan de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta. A este soporte promocional cabe añadir que en este tipo de planes determinadas decisiones han de ser fruto de un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, en concreto en los supuestos contemplados en los arts. 43.1 RFPF y 11.1, párrafo quinto RICP.

Cabe mencionar asimismo como la autonomía colectiva debe tener presencia también en lo que es el normal desarrollo y desenvolvimiento del

³⁵¹ BOE 31 diciembre 2001.

plan. A ello hace alusión el art. 6.3 TRLPFP cuando prevé la posibilidad de que la modificación del régimen de prestaciones y aportaciones o cualesquiera otros extremos, y en su caso la consiguiente adaptación de la base técnica, pueda ser acordada mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores³⁵². Lo mismo cabe decir con respecto a la terminación y liquidación de los planes de pensiones, con la diferencia de que en esta situación no hay una remisión legal expresa a la contratación colectiva.

Finalmente, el art. 7.2 TRLPFP establece un nuevo cauce de intervención de la negociación colectiva, en lo relativo a la posible designación directa de los miembros de la comisión de control por parte de la comisión negociadora del convenio, y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. También para el supuesto de los planes de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial se pueden prever procedimientos de designación de la comisión de control por parte de la comisión negociadora y/o por parte de la representación de empresas y trabajadores en dicho ámbito (art. 7.2 TRLPFP). En este sentido, junto al proceso de elección vigente hoy, contenido en el art. 31.3 RFPF³⁵³, nos encontramos con una segunda opción en la que, o bien es la comisión negociadora del convenio la encargada de designar de forma directa los miembros de la comisión de control, o bien esta designación se obtiene por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa³⁵⁴ (art. 31.2 RFPF). Estamos ante una vía que tendrá un especial protagonismo en lo sucesivo, dado que vigoriza de una manera directa la negociación colectiva en el ámbito de los planes y fondos de pensiones, pero que no ha tenido aún un efectivo traslado a las especificaciones de los planes.

Como se ha podido comprobar, estamos ante un conjunto de actuaciones de enorme trascendencia en cuanto a su potencial contribución a que la figura de los planes del sistema de empleo tenga una mayor presencia en el ámbito profesional. En general, la demanda de más protagonismo de la autonomía colectiva negocial como factor de desarrollo y potenciación de los planes privados empresariales era una reivindicación que se hizo patente en el Apartado XIII (relativo a la “Previsión Social complementaria) del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de

³⁵² Del mismo modo, el art. 33.1, párrafo 2º RFPF.

³⁵³ Anteriormente, en el ya derogado art. 22.3.d) RD 1307/1988.

³⁵⁴ Precisamente, las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002) establece en su art. 45 que los representantes de los partícipes y beneficiarios serán designados y revocados por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores. En idéntico sentido, el art. 33.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra* (Diciembre, 2002).

protección social del 2001. En este texto, pactado como se ha dicho por las organizaciones empresariales (CEOE y CEPYME) y el sindicato CCOO el 9 de abril de 2001, se dejaba constancia de la necesidad de favorecer la implantación de los planes del sistema de empleo a través del otorgamiento de un papel prioritario a la negociación colectiva y de promocionar estos planes en el marco de las PYMES, aspectos todos ellos que se incorporaron a la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

D) La situación normativa actual. El modelo final de protección social complementaria

El diseño final del modelo de protección social complementaria ha sido resultado de un intervencionismo legal de carácter promocional, del cuál ya se han hecho comentarios de algunas de sus medidas más significativas. Un alentamiento político e institucional en lo legal que tuvo el respaldo de los interlocutores sociales que finalmente decidieron incorporarse al debate del modelo de desarrollo de la previsión social complementaria. Así, en esta parte del estudio lo que se quiere tratar a continuación es la incidencia que han podido tener los últimos desarrollos legislativos en la materia objeto de nuestra atención para, de este modo, acabar de completar el ordenamiento jurídico de los regímenes complementarios de pensiones de carácter privado y externo a la Seguridad Social. Por ello, es el momento de subrayar, que no de reiterar cuestiones ya abordadas, el conjunto de los hitos normativos esenciales en la configuración actual de los sistemas privados de pensiones y cómo, a partir de éstos, se ha completado un modelo de protección social complementaria pluralista y flexible estructurado en tres modalidades de instrumentación de las pensiones privadas, pero con un notable protagonismo de los planes y fondos de pensiones. Es destacar, a modo de avance general, que al igual que ha ocurrido con el proceso reformista del sistema público de pensiones, en el caso de las pensiones privadas se han intensificado los procesos de negociación o contractualización política previa de los contenidos de las normas reguladoras de la previsión social voluntaria, de manera que las leyes objeto de estudio en este apartado han sido fruto de un proceso de negociación política con organizaciones de intereses. De ahí que, en primer lugar, se aborden los grandes pactos políticos y sociales –El Pacto de Toledo y los Acuerdos de 1997 y 2001- sobre los que se sustenta el modelo legal actual de protección social complementaria. En definitiva, son estos acuerdos, y su contingencia transaccional, los que han determinado la configuración final de un cuadro normativo flexible, sometido constantemente a la variable relación de fuerzas existentes en cada momento³⁵⁵.

³⁵⁵ De ahí que, como indica, MONEREO PÉREZ., “pueda afirmarse el carácter esencialmente compromisario de los productos legislativos como un rasgo de las leyes de reforma social” (“La reforma

Y, en este sentido, cabe destacar el denominado Pacto de Toledo, mencionado con anterioridad, como el primer paso en la remodelación de los sistemas complementarios profesionales y, por tanto, como la norma fundacional del nuevo modelo legal de la previsión social voluntaria. De este acuerdo de mínimos en materia de protección social pública ya se habló más arriba, pero el interés que suscita en esta parte de este trabajo descansa en la función esencial (nuclear) que se le otorga en el Pacto a los sistemas privados de pensiones en el diseño futuro de la protección social en general. Como se recordará, ya existía una legislación específica en materia de planes y fondos de pensiones y, para el supuesto de las Mutualidades de Previsión Social, éstas actuaban en el marco de la legislación reguladora de los seguros, pero lo que se pone en evidencia con este Pacto es la necesidad de profundizar en el desarrollo de la previsión social complementaria, ensalzando sus potencialidades como instrumentos de previsión social que puedan paliar las deficiencias financieras que en un futuro se le puedan plantear a la Seguridad Social pública. En definitiva, con el Pacto de Toledo se quería profundizar en el establecimiento de un modelo de protección social en el que ambos sistemas, el privado y el público, debían de ser potenciados. Se insistía, de este modo, en la configuración de un sistema mixto de pensiones, conformado por dos componentes estructurales –público y privado-. Del mismo modo, se apuntaban, con cierta ambigüedad, las medidas a adoptar para consolidar financiera y presupuestariamente el sistema público de Seguridad Social, y proporcionar, de esta forma, pensiones suficientes. En definitiva, con el Pacto se pretendía hacer una defensa de la protección social pública postulando la aplicación de una serie de acciones que debían garantizar su viabilidad financiera. Y precisamente, en esa tarea de fortalecer la Seguridad Social pública es donde entran en escena las prestaciones complementarias de carácter libre y naturaleza privada, las cuáles se enfatiza deberán ser complementarias del sistema público y nunca sustitutivas ni debilitadoras de las pensiones otorgadas por la Seguridad Social³⁵⁶. Se hacía de los sistemas complementarios un elemento esencial para conseguir el equilibrio financiero del sistema público de pensiones. Así, la Recomendación núm. 14 del Pacto abogaba por mejorar los incentivos fiscales para promover los sistemas complementarios de pensiones, destacando de éstos su importante papel como fuente de ahorro a largo plazo, tanto individual como colectiva.

En el Pacto, por tanto, latía la idea de seguir potenciando los sistemas privados de pensiones como instrumentos económicos y financieros de

negociada del sistema...”, *op. cit.*, p. 165). Prueba de tal circunstancia la podemos encontrar en la modificación del principio de primacía de los partícipes en el órgano de representación y control de los planes del sistema de empleo contenido en la Ley 24/2001.

³⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El futuro del sistema...”, *op. cit.*, p. 203.

gran calado, con lo que se estaría aludiendo indirectamente a la tan denostada crisis fiscal de los modernos Estados del bienestar, y al mismo tiempo, se estaría poniendo especial hincapié en la necesidad de seguir favoreciendo una legislación que apoyara estos mecanismos. De este modo, la virtualidad del Pacto de Toledo, en lo que al desarrollo de los sistemas complementarios se refiere, era doble: en primer lugar, diseñaba una política legislativa tendente a construir un modelo de protección social mixto, en el que los sistemas complementarios debían contribuir a afianzar el sistema público de pensiones y, en segundo lugar, se hacía una apuesta clara por los mecanismos de previsión voluntaria de carácter externo a la Seguridad Social, renunciando inequívocamente a articular un régimen de pensiones complementarias integrado en el sistema institucional de protección social³⁵⁷. Además, se recomendaba la aplicación de una ventajosa política fiscal a su favor.

Por otro lado, el propio Pacto de Toledo fue un elemento potenciador del debate sobre el modelo de desarrollo de la previsión social complementaria. Precisamente, uno de los aspectos del mismo estuvo constituido por la necesidad de abordar la ordenación de los instrumentos incluidos en la noción de protección social voluntaria³⁵⁸. Con tal objetivo se creó una subcomisión parlamentaria que, tras varios años de trabajo, elaboró una Proposición no de Ley sobre los sistemas complementarios de Seguridad Social³⁵⁹ con la que se pretendía conseguir que la mayoría de los ciudadanos accediesen a un régimen de previsión social que les permitiera recibir prestaciones en forma de renta, complementarias de las prestaciones públicas de la Seguridad Social, a través del fomento del ahorro finalista con una perspectiva situada claramente en el largo plazo. Se abogaba por la racionalización de la normativa reguladora mediante un texto legislativo de previsión social complementaria que integrara todas las disposiciones legales existentes al respecto. La importancia de este documento, en lo que al diseño normativo actual del modelo de previsión social complementaria se refiere, ha sido relativa, especialmente en cuanto a la elaboración de un texto legislativo único en el que se integren todas las disposiciones legales existentes en esta materia. Sin embargo, en determinados aspectos sí han tenido mayor proyección sus propuestas, en especial, aquellas que tenían como objetivo hacer más permeable el sistema de pensiones privadas³⁶⁰. Y

³⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 115.

³⁵⁸ El propio Consejo Económico y Social en su Dictamen núm. 9/1994, ya mencionado, creía necesaria una Ley de Seguridad Social Complementaria que uniformara todos los mecanismos dispersos que constituyen la misma (*Dictámenes 1994, op. cit.*, p. 139).

³⁵⁹ BOCG, Serie D, Núm. 229, 5 enero 1998.

³⁶⁰ Desde diversos sectores se estaba abogando por una reforma en profundidad de la figura de los planes de pensiones para tratar de adaptarlos a las nuevas exigencias planteadas. Entre las más importantes cabe destacar, entre otras, la tradicional pugna acerca de que la comisión de control se convirtiera en un órgano paritario de representación, la flexibilización de los límites financieros de aportación y la posible disponibilidad de los recursos acumulados.

así, entre las más importantes, y sin perjuicio de su posterior tratamiento en otro lugar, cabe mencionar la flexibilización de la limitación cuantitativa de las aportaciones en el caso de trabajadores de edad avanzada, la eliminación de la prohibición de financiación de las Administraciones públicas para acceder a los sistemas de previsión social complementaria, las posibles excepciones a la indisponibilidad de los derechos consolidados en caso de desempleo de larga duración o de enfermedad grave, la eliminación de diferencias sustanciales -en materia de fiscalidad o de movilidad de derechos- entre los diferentes instrumentos de previsión social y, finalmente, la remodelación de la composición de los órganos de control. No cabe duda, como se tendrá ocasión de comprobar, que muchas de las medidas contenidas en aquel documento se han ido incorporando a las normas reguladoras de la previsión social empresarial.

Asimismo, el Pacto de Toledo contenía la exigencia de que, transcurridos cinco años de vigencia del mismo, se evaluaran la eficacia de las medidas adoptadas y su grado de cumplimiento en orden a garantizar la viabilidad del sistema. Precisamente, y en fecha reciente, se ha llevado a cabo una revisión política del acuerdo bajo el nombre de Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. En este documento son objeto de análisis los sistemas complementarios, dejándose constancia del insuficiente grado de desarrollo de la previsión social complementaria en España y la necesidad de reforzarla. Se aboga, con especial énfasis, por convertir a la negociación colectiva en la vía estratégica de extensión de la previsión empresarial, de manera compatible con las circunstancias particulares de cada empresa, teniendo en cuenta las características de nuestro tejido empresarial, compuesto en gran medida por pequeñas y medianas empresas y empresarios individuales. De ahí que se considere la necesidad de facilitar a este tipo de empresas y sus trabajadores la posibilidad de participar en planes de pensiones de promoción conjunta y seguros colectivos. Del mismo modo, se apuesta en este documento por continuar la senda emprendida hasta ahora consistente en potenciar un sistema complementario de asistencia y prestaciones, externo a la Seguridad Social, con carácter claramente voluntario y financiado totalmente con aportaciones privadas independientes y no sustitutivas de las contribuciones obligatorias al sistema público de la Seguridad Social. En fin, no hay en este informe ningún aspecto significativo a destacar³⁶¹, si tenemos en cuenta que las valoraciones que se

³⁶¹ Como indica CARDENAL CARRO, “para este viaje no hacían falta alforjas. La Comisión ha sido mucho más política que técnica, y para recomendar que suban las pensiones más bajas sólo deberían recordar que son ellos a quienes corresponde esta decisión, y no desdoblarse su personalidad” (“El nuevo pacto de Toledo”, *Aranzadi Social*, núm. 13, 2003, p. 15.).

hacen ya han encontrado acomodo en el sistema legal de la previsión social voluntaria.

El Pacto de Toledo supuso, al mismo tiempo, la incorporación de los sistemas complementarios de pensiones a la agenda del diálogo social. En efecto, tras una etapa de dudas y reservas de los sindicatos con respecto al desarrollo de los instrumentos de protección social privada³⁶², finalmente las dos grandes centrales sindicales, junto con las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, deciden abordar definitivamente el futuro de los regímenes complementarios de base profesional³⁶³. Y así, en el contexto de las reformas negociadas en materia de Seguridad Social, los actores colectivos suscriben sendos pactos en los que, además de recomendar una serie de medidas de ajuste del sistema público de protección, se atreven a realizar un conjunto de recomendaciones sobre los sistemas complementarios. El primero de ellos, del cuál ya se ha dado buena cuenta de él más arriba, es el Acuerdo de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social, suscrito el 10 de octubre de 1996, por el Gobierno y las organizaciones sindicales, CC.OO. y UGT. En este primer pacto ya se realiza una valoración positiva de los sistemas voluntarios complementarios del sistema público, tanto de los individuales como de los colectivos, “en la medida que pueden contribuir a consolidar el modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la Constitución”. Se innovaba poco en este Acuerdo con respecto al Pacto de Toledo, pero se insistía en un aspecto que, posteriormente, ha sido trascendental en lo que al modelo legal de prestaciones complementarias se refiere. Así, el Acuerdo de 1996 afirmaba, con especial rotundidad, que el seguimiento y debido control se asegurará a los partícipes, con lo que se subrayaba la necesidad de potenciar la representación mayoritaria de los partícipes en las comisiones de control de los planes de pensiones³⁶⁴.

El siguiente pacto, en el que se vuelve a insistir en la necesidad de potenciar los sistemas complementarios, es el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno de España, las organizaciones empresariales CEOE y

³⁶² Vid. ZUFIAUR, J. M.^a: “Los fondos de pensiones desde un punto de vista sindical”, *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 125, 1985 y ZUFIAUR, J. M.^a y MARTÍN, R.: “Seguridad Social y Fondos...”, *op. cit.*, pp. 310-320.

³⁶³ No en vano, “la labor de desgaste de lo público en los años precedentes ya había dado sus frutos: más apoyo fiscal a los Planes de Pensiones, notable crecimiento de éstos debido a la visión catastrofista que se había creado artificialmente en los años precedentes y racionalización del sistema a partir de 1996-1997, tras el acto de confirmación del modelo constitucional operado por los Pactos de Toledo...” (LÓPEZ GANDÍA, J.: “Las reformas pactadas de la...”, *op. cit.*, p. 228).

³⁶⁴ Se trata de una cuestión, la del principio de primacía de los partícipes en el seno del órgano de gestión y control del plan, que más ampliamente debatida y qué mayor número de propuestas de enmienda dio lugar al Proyecto de Ley de Planes y Fondos de Pensiones de 1987. Así, un estudio de las mismas en ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 394.

CEPYME, así como por CCOO³⁶⁵. En este documento se reconoce en el Apart. XIII el importante desarrollo que en los últimos años ha tenido la previsión social complementaria, aunque se apuntaban una serie de propuestas a estudiar. Así, las más destacadas, y las que a la postre han tenido una importancia decisiva en la conformación final del modelo de previsión social voluntaria, eran aquellas que se orientaban al estudio de la situación de los planes de pensiones del sistema de empleo, favoreciendo su desarrollo e implantación, facilitando la incorporación de las PYMES y de los empresarios individuales, así como de sus trabajadores, a planes de promoción conjunta o, en su caso, propios. En el mismo sentido se insistía en la necesidad de impulsar los planes de promoción conjunta y la interacción de los planes empresariales con la negociación colectiva. Junto a estas medidas, se volvía a abordar la espinosa cuestión de las comisiones de control de los planes y fondos de pensiones, aconsejándose que, en determinados supuestos, la negociación colectiva estableciera criterios al respecto.

La importancia de este Acuerdo, como del anterior, es notable porque marca las pautas de reforma en el sistema de previsión complementaria. En efecto, con estos dos grandes pactos sociales y con los acuerdos de naturaleza política antes comentados han quedado establecidas, de forma definitiva, las grandes estrategias del proceso reformista en las pensiones privadas. Y así, la importancia del desarrollo de los planes de promoción conjunta va encontrar acomodo en las reformas legales que a continuación se comentarán, especialmente por su especial adecuación a la estructura de la negociación colectiva de carácter sectorial; la ampliación y flexibilización de los límites financieros de aportación se incorporará al cuadro normativo regulador de la previsión social voluntaria, al igual que la flexibilización del principio de indisponibilidad de los derechos consolidados, la mejor definición de las contingencias objeto de protección o la cuestión de la representación paritaria en el seno de las comisiones de control de los planes de pensiones del sistema de empleo.

Una vez estudiado el conjunto de los pactos y acuerdos que han marcado la dirección de las políticas reformistas en materia de protección social complementaria, es el momento de analizar el sistema legal sustentador del derecho a las pensiones privadas. Y así, el primer hito normativo conformador del actual modelo de prestaciones complementarias se produce con la aprobación de la Ley 30/1995, ya citada. Como ya se apuntó con anterioridad, esta norma introdujo importantes novedades en materia de previsión social, siendo la de mayor trascendencia la relativa a

³⁶⁵ Hay que mencionar, en todo caso, como precedente al Acuerdo de 9 de abril de 2001, la Declaración Conjunta de CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, de 25 de octubre de 2000, en la que se demandaba una ampliación del plazo de exteriorización de los compromisos por pensiones hasta el 16 de noviembre de 2002.

la prohibición de fondos internos de pensiones recogida en el último párrafo de la disp. adic. 1ª de la Ley 8/1987, según la redacción dada por la disp. adic. 11ª de dicha Ley en su apartado 19º³⁶⁶ y la preferencia que la citada norma manifestaba porque los compromisos por pensiones asumidos por las empresas se instrumentaran mediante contratos de seguros o de planes de pensiones, o de ambos (disp. adic. 1ª, párrafo 1º Ley 8/1987). Ya se dio buena cuenta más arriba de la importancia de la obligación de exteriorización contenida en la Ley 30/1995 como factor de desarrollo de los regímenes complementarios en el seno de las empresas.

En todo caso, lo que se quiere poner de manifiesto aquí es precisamente el papel que ha jugado este aspecto en la configuración final del modelo de desarrollo de la previsión social complementaria. Y así, la obligatoriedad impuesta por la citada norma de gestionar o instrumentar los compromisos por pensiones (de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez y muerte y supervivencia) asumidos por los empresarios a través del contrato de seguro (incluidos los concertados a través de Entidades de Previsión Social) o de un plan de pensiones, suponía el dar por zanjada una etapa caracterizada por el protagonismo de la figura jurídica de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. El legislador trazaba, de este modo, las líneas maestras de un nuevo modelo normativo de protección social complementaria que debía caracterizarse por fomentar los sistemas de previsión social externos al sistema público y obligatorio de Seguridad Social. Se trataba de contribuir a la modificación del rumbo tomado por la negociación colectiva precedente, la cuál había pactado compromisos por pensiones instrumentados a través de mejoras voluntarias caracterizadas por ser meras expectativas de derecho y no gozar, por tanto, de las debidas garantías jurídicas y financieras para su cobro. En cierto modo, se renunciaba definitivamente a instaurar un régimen legal de protección social voluntario en el seno del sistema institucional público de protección social, pasando a ejercer los poderes públicos una labor de mero control público administrativo de la iniciativa privada en el campo de la protección complementaria³⁶⁷. Triunfaba, de este modo, la lectura privatista del último inciso del art. 41 CE, ya que con la nueva previsión de la Ley 30/1995 se instauraba un sistema privado de protección social en el que las

³⁶⁶ En concreto, se indicaba que “en ningún caso resultará admisible la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de éste de la titularidad de los recursos constituidos”.

³⁶⁷ Como se tendrá ocasión de comprobar, en el sistema legal de los planes y fondos de pensiones “los poderes públicos solamente realizan una actividad instrumental y de control de los regímenes privados complementarios renunciando explícitamente a todo intento de integrar las prestaciones de éstos (siempre pensiones) en la acción protectora de la Seguridad Social (aparte del hecho adicional de que el Plan de Pensiones puede no ser complementario del sistema público de pensiones, aunque en ningún caso puede sustituirlo en su régimen protector básico; art. 1.2 LFPF)” (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones del sistema...*, *op. cit.*, p. 15).

pensiones otorgadas por el mismo no se integraban en el cuadro normativo de la acción protectora de la Seguridad Social.

Se ha señalado en otro apartado que la obligación de exteriorización de los compromisos por pensiones vino impuesta, entre otras razones, por la ausencia de mecanismos de aseguramiento financiero de las mejoras pactadas en la negociación colectiva. Gestionadas por la propia empresa a través de la fórmula mayoritaria de los fondos internos o, cuando no, del pago sobre la marcha, el trabajador carecía de cualquier control sobre las aportaciones y si abandonaba la empresa o veía extinguido su contrato de trabajo antes de que se produjera el hecho causante de la prestación perdía el derecho al cobro de la misma. En fin, las mejoras voluntarias instrumentadas a través de fondos internos no eran más que expectativas de derechos que no se consolidaban hasta que no se produjera la contingencia objeto de la pensión, ya la jubilación, la incapacidad permanente o el fallecimiento. Precisamente, la Ley 30/1995 trató dar respuesta a esta situación con la prohibición de los fondos internos antes comentada, y la consiguiente obligación de instrumentar los compromisos empresariales de previsión a través de fondos externos. Al mismo tiempo, con esta separación patrimonial de los recursos afectos a los mencionados compromisos respecto del patrimonio empresarial, la citada norma trataba de ajustarse a las exigencias planteadas en el artículo 8 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 empresario³⁶⁸, ya que los activos destinados a dar cumplimiento a las obligaciones comprometidas salen del patrimonio del empresario y se incorporan al de las entidades aseguradoras o de los fondos de pensiones en los que el plan se integre, con lo que se garantiza la subsistencia de los recursos adscritos a los fines de previsión respecto de las posibles vicisitudes empresariales (insolvencia, quiebra, etc.). Más adelante, cuando se aborde el régimen de exteriorización vigente, será el momento de realizar una valoración del grado de cumplimiento de las exigencias planteadas por la Directiva 80/987/CEE a través de la exigencia de la externalización.

El proceso de exteriorización impuesto por la Ley 30/1995 exigía de un desarrollo reglamentario que clarificara algunos aspectos a los que la norma legal aludía para su posterior tratamiento en una futura normativa. Y así, tras cuatro años de demora, entró en vigor el RICP. Con esta norma, tal y como indicaba la Exposición de Motivos del Reglamento, se trataba de completar la transposición de la Directiva 80/987/CEE realizada por la Ley 30/1995, así como incorporar a la normativa reguladora española las disposiciones contenidas en la Directiva 98/49/CE, del Consejo, de 29 de

³⁶⁸ DOL núm. 283, 28 octubre 1980.

junio, relativa a la protección de los derechos a pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad³⁶⁹. En suma, con el RICP se desarrollaba, con carácter permanente, la disp. adic. 1ª Ley 8/1987 y las disps. trans. 14ª y 15ª Ley 30/1995, en cuanto al régimen de adaptación y acomodación de los compromisos por pensiones, y dando cumplimiento a un doble objetivo de proteger los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios en caso de insolvencia o de dificultades financieras para la empresa y de permitir a ésta liberar recursos y concentrarse en su actividad típica, trasladando la gestión de los recursos a entidades especializadas (Exp. Motivos RICP).

Finalmente, de las previsiones contenidas en la Ley 30/1995 quedaba también un aspecto por desarrollar: nos referimos a los planes de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta. La disp. adic. 11ª Ley 30/1995 se refería a éstos exigiendo de una adaptación de la normativa de los planes de pensiones a las características propias de estos planes. Y así, el RICP se ocupó de perfeccionar el régimen jurídico de esta modalidad de planes del sistema de empleo incorporando un nuevo Capítulo X al RD 1307/1988. Al mismo tiempo, con este Reglamento se introducían otras novedades de enorme importancia en el cuadro normativo regulador de los planes de pensiones. Así, entre otros aspectos, se eliminaba la posible utilización de sistemas financieros y actuariales de capitalización colectiva, se modificaban los límites máximos de aportación, susceptibles de incrementarse en función de la edad, y se concretaban las situaciones asimilables a jubilación como contingencia.

Como se ha podido comprobar, la regulación legal y reglamentaria de los regímenes complementarios de Seguridad Social ha sido objeto de importantes innovaciones normativas que se han ido intensificando en los últimos años. De la originaria Ley 8/1987 y su reglamento (RD 1307/1988), para los planes y fondos de Pensiones, y de la Ley 30/1995, para los seguros colectivos y Mutualidades de Previsión Social, se ha pasado a un cuadro normativo más flexible y disperso. Precisamente, uno de los elementos que contribuyó a hacer más cambiante y moldeable ese modelo legal y reglamentario de prestaciones complementarias fue el proceso reformista emprendido a través de las sucesivas Leyes de acompañamiento a las de Presupuestos Generales del Estado, las cuáles introdujeron importantes modificaciones en la Ley 8/1987 o alteraron importantes aspectos de los regímenes complementarios profesionales. Así pudo ocurrir con las Leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social núms. 66/1997³⁷⁰, 50/1998³⁷¹, 14/2000³⁷² y 24/2001. Todas ellas, de

³⁶⁹ DOL núm. 209, 25 julio 1998.

³⁷⁰ BOE 31 diciembre 1997.

³⁷¹ BOE 31 diciembre 1998.

una u otra manera, han terminado por hacer realidad muchas de las recomendaciones contenidas en los acuerdos políticos y sociales analizados con anterioridad, lo que ha ido perfilando nítidamente el régimen jurídico de las pensiones privadas en el momento actual³⁷³. En todo caso, de entre todas ellas, la que ha tenido un mayor protagonismo ha sido la Ley 24/2001, ya citada, dado que con esta norma se producen importantes cambios cualitativos en la regulación de uno de los instrumentos de previsión social complementaria como es la figura de los planes y fondos de pensiones, especialmente en el supuesto de los del sistema de empleo³⁷⁴. La Ley 24/2001 introduce una profunda reforma en el régimen jurídico de los sistemas de privados de pensiones a través de las modificaciones que su art. 32 incorpora en la Ley 8/1987. En efecto, la importancia de la remodelación de aspectos sustantivos de los planes y fondos de pensiones que la Ley 24/2001 promueve –modificación del principio de no discriminación, nuevas formas de designación de los componentes de los órganos de implantación y control del plan y del fondo de pensiones, reforma del principio de primacía de los partícipes en la comisión de control o la potenciación de la autonomía colectiva como fuente principal de creación de los planes empresariales de previsión- se ha visto realzada al incorporarse estos cambios en un nuevo texto legislativo de regulación de los planes y fondos de pensiones que la misma norma solicitaba³⁷⁵. Y así, la elaboración del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de diciembre, junto con su pertinente desarrollo reglamentario contenido en el RD 304/2004, de 20 de febrero culmina un proceso reformista de conformación de los principios fundamentales del modelo de desarrollo de las pensiones privadas, quedando derogadas tanto la Ley 8/1987, de 8 de junio como la

³⁷² BOE 30 diciembre 2000.

³⁷³ Especialmente significativas fueron las reformas operadas en los planes del sistema de empleo. Y así, la Ley 66/1997, de 30 diciembre modificó el límite máximo de aportaciones susceptibles de deducción (art. 29) e introdujo, por primera vez, la posibilidad de hacer efectivos los derechos consolidados de los partícipes en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración (art. 119.1). Por su parte, tanto la disp. adic. 13ª de la Ley 50/1998, de 30 diciembre como la disp. adic. 25ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre ampliaron el plazo de exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas.

³⁷⁴ Sobre los cambios contenidos en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, *vid.* ROMERO BURILLO, A. M.ª: “El nuevo régimen jurídico de los planes de pensiones del sistema de empleo tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, pp. 25-46.

³⁷⁵ El aptdo. 18º del art. 32 de la Ley 24/2001 contenía una delegación legislativa para que el Gobierno, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de aquella norma, procediera a la elaboración y aprobación de un Texto Refundido en el que se integraran, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas la Ley 8/1987, el régimen financiero especial previsto en la Ley 40/1998, las disposiciones sobre planes y fondos de pensiones contenidas en la Ley 24/2001 y cualesquiera otras previsiones en la materia contenidas en otras leyes. Como indica TAPIA HERMIDA, la motivación de este nuevo texto descansa en la necesidad “de evitar que la motorización legislativa desemboque en una regulación caótica” (“La reforma del régimen de los Planes y Fondos de Pensiones por la Ley 24/2001, de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado para 2002”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2002, p. 285).

disp. adic. 11ª y disps. trans. 14ª, 15ª y 16ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

En suma, del cuadro normativo regulador de los sistemas complementarios de pensiones se obtiene un modelo general de ordenación de la protección social voluntaria del que cabe destacar una serie de características finales:

- a) Estamos ante un sistema de protección social voluntaria que supone la cristalización del desarrollo privatista del último inciso del art. 41 CE –la asistencia y prestaciones complementarias serán libres-, estructurado con arreglo a una lógica contractual privada. Los desarrollos legislativos en la materia han rechazado la posibilidad de crear un régimen público de previsión social voluntario, optando por no tener en cuenta el hecho de que el principio de libertad garantizado en el texto constitucional de constituir prestaciones complementarias no impedía tal posibilidad. Es más, la preferencia del legislador ha sido clara en favor de la instauración de mecanismos privados de carácter externo al sistema institucional público de Seguridad Social – Planes y Fondos de Pensiones, Seguros Colectivos y Mutualidades de Previsión Social-, ya que con la obligación de exteriorización de los compromisos por pensiones impuesta por la Ley 30/1995, se eliminaban, de esta forma, los fondos internos que servían de instrumento de financiación a las mejoras voluntarias, lo que contribuyó a privatizar el sistema de protección social complementaria al limitar el campo de actuación de estos mecanismos a prestaciones muy concretas y confiar la gestión de los recursos dispuestos para atender las obligaciones futuras a un fondo de pensiones o entidad aseguradora.
- b) El modelo legal se caracteriza por ser plural, es decir, por estar organizado sobre tres pilares fundamentales o institucionales básicos, sin una rígida estructuración jerárquica³⁷⁶. Así, uno de los sistemas es el de los planes y fondos de pensiones, que se configuran como instituciones de previsión voluntaria y libre de carácter individual, colectivo o asociado en función de sus sujetos constituyentes, la gestión de los instrumentos patrimoniales es externa y para el supuesto de los planes del sistema de empleo se caracteriza por poseer una estructura de funcionamiento, de gestión y control participada por los partícipes y beneficiarios. Por su parte, otro de los sistemas de la previsión social voluntaria es el instrumentado a través de las Mutualidades de Previsión Social y los seguros colectivos de vida, ambos organizados bajo los principios ordenadores del seguro privado, pero en el caso de las Entidades de Previsión Social sus notas

³⁷⁶ GONZÁLEZ ORTEGA “Pensiones complementarias”, en VV. AA.: *Jornadas Pensiones: presente y futuro*, Oviedo, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005, p. 179.

características son la ausencia de ánimo de lucro y la participación democrática de los sujetos implicados. Finalmente, el tercer mecanismo de la previsión social voluntaria está constituido por las mejoras voluntarias, cuya ámbito de actuación se circunscribe a las prestaciones temporales (incapacidad temporal y desempleo), dado que los compromisos por pensiones deben ser instrumentados a través del contrato de seguro colectivo (incluidos los concertados con Mutualidades de Previsión Social) o el plan de pensiones.

- c) Del mismo modo que estamos ante un modelo pluralista de instrumentación de las prestaciones complementarias organizado en base a tres niveles de gestión, su marco regulador es diverso y caracterizado por su carácter heterogéneo. Así, el sistema de planes y fondos de pensiones es objeto de regulación a través del TRLPFP y su reglamento –RD 304/2004, de 20 de febrero-. Por su parte, los seguros colectivos de vida y las Mutualidades de Previsión Social se rigen en lo fundamental por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados (en adelante, TRLOSSP), aunque a estas últimas le son aplicables un conjunto de normas emanadas de las Comunidades Autónomas. Por último, el TRLGSS sirve de marco general de la protección social complementaria y del sistema de mejoras voluntarias. Legislación que, aún siendo protagonistas hoy el TRLPFP y el TRLOSSP, se caracteriza por su dudosa coordinación con otros instrumentos de la protección social voluntaria. En este sentido, se ha abogado por una necesaria ordenación legal de las medidas que forman parte de la protección social voluntaria, debido a que perviven técnicas que tienen su origen en la legislación preconstitucional y que forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social, el caso de las mejoras voluntarias, con otras que son posteriores a la Constitución y que son externas al sistema público, el de los planes de pensiones. De estas últimas, además, unas participan, en su regulación, de las normas del seguro privado y otras, son reguladas de forma autónoma e independiente³⁷⁷.

Cabe destacar, finalmente, importantes carencias en el proceso legislativo en materia de previsión social voluntaria, y más en concreto, en los planes y fondos de pensiones. Así, el diseño final de los regímenes complementarios de carácter privado y externo al sistema público de pensiones se caracteriza por una dispersión normativa e institucional. Como ya se apuntó, confluyen en el marco regulador de los sistemas privados de pensiones normas de naturaleza distinta y pertenecientes a órdenes jurídicos diversos. Al mismo tiempo, coexisten en la fórmula

³⁷⁷ VV. AA. (Montoya Melgar, A. coord.): *Curso de Seguridad Social*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2.^a ed., 2000, p. 219.

abierta de libertad de complementación voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social garantizada en el art. 41 CE diferentes mecanismos de previsión voluntaria, pudiendo confluír, además, entre sí articulando diversos instrumentos de protección³⁷⁸. Por ello, se hace necesaria una adecuada ordenación sistematizadora que establezca el marco regulador estable y general de la previsión social voluntaria.

Por otro lado, la falta de una política global y de conjunto que aglutine los diversos instrumentos de la previsión social voluntaria conforme a unos principios ordenadores comunes no permite establecer los vínculos de unión y complementación adecuados y deseables con el sistema público de Seguridad Social. El desarrollo de los regímenes voluntarios que representan los planes y fondos de pensiones, los seguros colectivos, las Entidades de Previsión Social y las mejoras voluntarias no ha venido acompañado de un proceso de integración lógico en el sistema de relaciones institucionales que supone un modelo de protección social, en el que, además, resulta del todo necesario delimitar los campos de actuación de cada uno de los instrumentos de previsión a tenor de la polivalencia de nuestro modelo constitucional. Esta falta de claridad en la delimitación de las fronteras de lo público y lo privado en nuestro modelo de protección social ha llevado a generar dudas sobre el esquema de futuro de la Seguridad Social en España. Y así, se han elaborado propuestas que abogarían por implantar un nuevo sistema con dos componentes: una pensión mínima garantizada por el sector público y un sistema de pensiones privadas basadas en la capitalización.

Así las cosas, lo que sí se puede constatar en las recientes reformas que abogan por la implantación sucesiva de los sistemas privados de pensiones es todo un proceso lento y silencioso en el sentido apuntado³⁷⁹, que se califica de grave porque llega sin un consenso social adecuado y sustituyendo la igualdad como objetivo esencial del sistema³⁸⁰. Se aprecia, en su conjunto, que en el proceso de reformas en materia de previsión social voluntaria se han dejado sentir con carácter preferente las doctrinas que postulan una vuelta al individualismo como valor a ensalzar en las sociedades contemporáneas. Se trata de un modelo a construir, que ha dado sus primeros pasos, y que atribuye un valor fundamental a los mecanismos de mercado y de libertad de iniciativa económica. Indudablemente, el reforzamiento de los valores de la iniciativa individual y de los grupos hace

³⁷⁸ MONEREO PEREZ, J. L.: “El marco de referencia: los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, p. 8.

³⁷⁹ Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las reformas legislativos en materia...*, op. cit., pp. 24-31.

³⁸⁰ Para PLÁ RODRÍGUEZ la resultante de este enfoque privatizador, que afecta de forma ineludible a la Seguridad Social, es que se recurra al egoísmo como factor animador que reemplace a la solidaridad en el campo de la seguridad social (“Otra inversión de tendencias en la Seguridad Social: de la solidaridad al egoísmo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1992, p. 826).

de los instrumentos de previsión voluntaria algo más que un mecanismo residual de complementación de las pensiones públicas. Supone, en consecuencia, colocarlos en igualdad con el sistema público de pensiones valorando, del mismo modo, al principio de autoaseguramiento y de iniciativa privada que sustenta a aquéllos y al principio de solidaridad general del segundo.

A todo ello hay que añadir el hecho de que desde los poderes públicos se fomenten estos instrumentos a través de incentivos de todo tipo, dejando de lado las insuficiencias que el régimen público presenta desde hace tiempo en lo que a un fortalecimiento de las prestaciones no contributivas y a su verdadera universalización se refiere y en cuanto al proceso de asistencialización que las prestaciones contributivas vienen sufriendo³⁸¹. De esta forma, las recientes reformas legislativas se han hecho desconociendo una realidad social cambiante que sufre un proceso de dualización provocado por la sociedad del trabajo³⁸². Se corre el riesgo, con los planes de pensiones empresariales por ejemplo, de hacer más profundo el abismo que separa a los empleados que trabajan en precario de los que tienen empleos estables. De manera que se procedería en muchos países de la Unión Europea, entre ellos España, a favorecer una mayor privatización del Estado del bienestar en favor de aquéllos que pudieran acceder a las prestaciones de los sistemas privados en función de su trabajo fijo y estable y, al mismo tiempo, se asistiría, en el sentido propio del término, a los grupos más vulnerables socialmente.

3.4. El devenir de la previsión social voluntaria privada y externa al sistema público de Seguridad Social como correlato del ordenamiento comunitario

La descripción realizada hasta aquí de la evolución de la protección social complementaria en el marco normativo español se encuentra perfectamente vinculada con el proceso de reordenación jurídica de los sistemas complementarios de pensiones en el contexto de la Unión

³⁸¹ Así, para MONEREO PÉREZ, “es este un problema que puede cuestionar la legitimidad político-democrática del sistema de planes y fondos de pensiones, ya que éstos gozan de financiación pública indirecta a través de privilegiadas concesiones fiscales, siendo así que sistemas privados subjetivamente limitados (pues sólo dan acogida a un número reducido de personas) disfrutan de un apoyo público del que otras personas en idéntica situación se ven privados” (*Público y privado...*, *op. cit.*, p. 120).

³⁸² Estudios recientes muestran como en las dimensiones de edad, género y situación en materia de ingresos, las pensiones privadas siguen pautas de distribución bien definidas: los beneficiarios de pensiones privadas tienden a ser de sexo masculino y a pertenecer a las cohortes de jubilados más jóvenes, y durante su vejez disponen de ingresos relativamente elevados. En contraste, las mujeres, los jubilados de edad avanzada y los menos pudientes perciben una subproporción de pensiones privadas. Sin embargo, la gran variación de los efectos distributivos entre los países sugiere que un alto grado de desigualdad no es necesariamente una característica de las pensiones privadas como tales, sino que depende en buena medida de los factores políticos. En términos de efectos distributivos, una eficaz regulación de las pensiones privadas puede entrañar una gran diferencia (BEHRENDT, CH.: “Pensiones privadas: ¿una opción viable?. Sus efectos distributivos según una perspectiva comparativa”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 3, 2000, p. 25).

Europea. Es más, la conformación final del modelo actual de los regímenes complementarios, en su vertiente contractual y privada, es fruto de la influencia que ha ejercido el ordenamiento comunitario a través de los instrumentos jurídicos adoptados en tal sentido desde las instituciones europeas. De hecho, las políticas comunitarias de aliento y promoción de los mecanismos privados de pensiones, al igual que los procesos de reforma emprendidos en cada uno de los Estados miembros, parten de un análisis global similar de los desafíos a los que se enfrentan los sistemas públicos de protección social en el seno de la Unión Europea, proponiendo, entre otras medidas, la implantación de sistemas complementarios de corte privatista. Del mismo modo que en España el Pacto de Toledo sugería que se fomentaran los mecanismos privados de protección con el objetivo de paliar los problemas futuros de financiación de la Seguridad Social –muy especialmente, a causa de los consabidos determinismos demográfico y económico- también en el marco europeo el “Libro Verde de la Comisión sobre los sistemas complementarios de pensiones”³⁸³ apostaba porque los Estados miembros crearan de manera gradual condiciones más propicias para el desarrollo de regímenes complementarios privados mediante capitalización, como forma de atenuar las repercusiones de la evolución demográfica en las pensiones públicas³⁸⁴.

De este modo, el desarrollo de los sistemas complementarios de pensiones en cada uno de los Estados miembros marcha en paralelo a la instauración del marco comunitario que impulsa dichos sistemas. Al mismo tiempo, el mayor perfeccionamiento del acervo comunitario en materia de previsión social voluntaria ha reforzado, todavía más, el conjunto de las políticas nacionales de impulso a los mecanismos privados de protección. Estamos, por tanto, ante un proceso en el que, al principio, eran los Estados los que ensayaban propuestas de reforma con tímidos apoyos desde la instancias europeas, pero más tarde son las instituciones comunitarias, especialmente a través de la Comisión, las que europeízan³⁸⁵ el problema sobre el futuro de las pensiones, apostando por una estrategia concertada para modernizar la protección social en el ámbito comunitario, en el que los sistemas privados de capitalización deben estar llamados a jugar un papel trascendental.

³⁸³ COM (97) 283 final, 10 junio 1997.

³⁸⁴ Además de analizar la incidencia del cambio demográfico en los modelos de protección social europeos y la necesidad de acometer reformas que garanticen la viabilidad de los sistemas públicos de reparto, entre ellas, la adopción de medidas de desarrollo de las pensiones complementarias de capitalización, el Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único realiza una apuesta clara porque se favorezca el crecimiento de los fondos de pensiones, no sólo porque pueden ser uno de los factores que puedan contribuir a mantener el nivel de prestaciones de jubilación, sino también porque estos instrumentos de ahorro financiero representan una oportunidad para la economía de la UE. De este modo, se postula la creación de un mercado único de fondos de pensiones que permita, asimismo, la eliminación de cualquier obstáculo a la libre circulación de trabajadores.

³⁸⁵ CERCAS ALONSO, A.: “El futuro de los sistemas de pensiones en Europa”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 5, 2001, p. 9.

En todo caso, aún cuando la atención que hoy merecen los sistemas complementarios de pensiones en el marco comunitario está favoreciendo una mayor intensificación en el tratamiento jurídico de las prestaciones complementarias, y, por ende, una mayor presencia en los modelos de protección social de los Estados miembros, no cabe duda que aún está lejos una deseable política común e integradora en el campo de la previsión social voluntaria. Como se tendrá ocasión de comprobar, la normativa europea de las prestaciones complementarias protegidas resulta aún especialmente escasa al objeto de resolver numerosas cuestiones de aplicación de los instrumentos de protección, especialmente en lo que se refiere a la transferibilidad de los derechos de pensión.³⁸⁶ Al mismo tiempo, la consecución de un ordenamiento jurídico comunitario estable en el ámbito de la previsión social voluntaria se enfrenta a una serie de dificultades de sobras conocidas. De un lado, el principio de subsidiariedad favorece una intervención limitada y poco eficaz de las instituciones europeas en la materia³⁸⁷. La aplicación de este principio hace responsable a cada Estado miembro de la organización y de la financiación de su propio sistema de pensiones³⁸⁸, lo que supone renunciar a la construcción de un modelo comunitario de protección social. En este sentido, la ausencia de una política social europea propiamente dicha despliega todos sus efectos también en el ámbito de los regímenes profesionales complementarios, lo que trae como consecuencia que las intervenciones comunitarias sobre la materia se decanten por el método abierto de coordinación entre los Estados miembros³⁸⁹. Se trata, en definitiva, de la instauración de un

³⁸⁶ Vid. TAMBURI, G.: *L'évolution de la protection complémentaire dans le domaine des retraites et la libre circulation des personnes à l'intérieur du Marché Unique*, informe presentado en el congreso sobre "Protección social y mercado único", Università di Tor Vergara, Roma, 15-16 marzo, 1996.

³⁸⁷ Vid. CASAS BAHAMONDE, M.^a E.: "Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993, pp. 49-58 y OJEDA AVILÉS, A.: "Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994, pp. 1377-1393.

³⁸⁸ El art. 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE), en su versión consolidada actual, (DOC núm. 325, 24 diciembre 2002) caracteriza este principio de la siguiente manera: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción emprendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado". Dicho principio se reitera, a los efectos que nos interesa, en el punto 1 de la Comunicación de la Comisión, de 12 de marzo de 1997, relativa a la modernización y a la mejora de la protección social en la Unión Europea [COM (97) 102 final]; en el punto 1.1 de la Comunicación de la Comisión, de 31 de octubre de 1995: El futuro de la protección social: marco para un debate europeo [COM (95) 466 final] y el Capítulo I, Apartado C del Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único.

³⁸⁹ Tal y como se indica en el apartado 1º de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social de 3 de julio de 2001: Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado [COM (2001) 362 final], "el planteamiento apropiado a nivel comunitario consiste en combinar los actuales procesos políticos que inciden en el futuro de los sistemas de pensiones con el *método abierto de coordinación*, de forma que

procedimiento formal de cooperación entre los Estados miembros destinado a definir objetivos comunes en materia de política económica y financiera, así como respecto del empleo y la política social y, por último, realizar una supervisión periódica de los resultados alcanzados en una perspectiva transnacional otorgando a los órganos de la Unión Europea la misión de examinar los progresos alcanzados³⁹⁰. En suma, la subsidiariedad, como principio de actuación que obliga a actuar a las instituciones europeas allí donde sea estrictamente necesario, se ha convertido en uno de los mayores obstáculos para el reforzamiento de las capacidades de gobierno social de la Unión Europea³⁹¹, lo que también se ha dejado de notar en la imposibilidad de construir un marco jurídico común e integrador de las prestaciones complementarias³⁹².

Pero, por otro lado, la difícil construcción de un ámbito comunitario de previsión social voluntaria estriba, de forma especial, en la diversidad de los instrumentos complementarios creados por los diferentes Estados miembros³⁹³. Así, la disparidad de mecanismos de protección se manifiesta en el distinto origen de los mismos –unos públicos y otros netamente privados-, en el grado de cobertura profesional y material, así como en su forma jurídica y técnica –sistema complementario de reparto o de

ello no altere las responsabilidades políticas respectivas a nivel europeo y nacional. El objetivo perseguido es la creación de un marco integrado de intercambio de información sobre las estrategias nacionales, para garantizar la existencia de pensiones adecuadas y viables a largo plazo”.

³⁹⁰ Véase, al respecto, la Comunicación de la Comisión Europea de 14 de julio de 1999: Una estrategia concertada para modernizar la protección social (COM (99) 347 final). De esta forma, este método de trabajo “respetar la competencia de cada Estado miembro en lo relativo a la elaboración de las políticas nacionales, tanto en el campo social como en el de la salud, pero también en todos los demás ámbitos, y no ejerce ninguna presión de carácter legal a favor de la adopción de determinados tipos de soluciones o sistemas. Sin embargo, exige de los gobiernos de cada país el mantenimiento de un registro permanente de sus sistemas de seguridad social y que acepten someterlos a una evaluación comparativa en relación con objetivos, orientaciones, directrices e indicadores o parámetros de referencia supranacionales. En la práctica, esto obliga a los Estados miembros, mediante la comparación pública, a justificar sus acciones en el ámbito transnacional, lo cual contribuye a mejorar el funcionamiento, desempeño y sostenibilidad financiera de los sistemas nacionales” (TERWEY, F.: “Una unión social europea: ¿hacia donde tiende su paulatino desarrollo?”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, núm. 1, 2004, p. 131).

³⁹¹ Es lo que se ha denominado como la “trampa de la subsidiariedad”. Cfr. FERRARA, M.: “Los dilemas de la Europa Social”, en VV. AA. (Muñoz Machado, S.; García Delgado, J.L. y González Seara, L. dirs.): *Las Estructuras del Bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 421-433.

³⁹² En definitiva, las especificidades nacionales guían la política de los estados miembros y dificultan en cierta manera la puesta en marcha de principios comunes de funcionamiento a nivel comunitario (MICHAS BEGUERIE, S.: “Régimes privés de retraites complémentaires. Essai de comparaison des systèmes allemand, anglais et français dans une perspective communautaire”, *Droit Social*, núm. 5, 1996, p. 525).

³⁹³ La heterogeneidad de los sistemas complementarios de pensiones debe enmarcarse en la tradicional pluralidad de valores, contenidos y fórmulas institucionales de los modelos de protección social europeos. Al mismo tiempo, la reestructuración del Estado de bienestar en Europa ha complejizado todavía más la tipología de los sistemas nacionales de protección, favoreciendo un incremento de la heterogeneidad. De modo que la existencia de una enorme dosis de pluralidad interna en los modelos de bienestar estatales, regionales o locales que, en modo alguno, tienden hacia la uniformización, se presenta como una dificultad a salvar por la Unión europea si se quiere seguir construyendo una política social común [ADELANTADO, J. y GOMÁ, R.: “Las políticas sociales: entre el Estado del bienestar y el capitalismo global”, en VV. AA. (Morata, F. edit.): *Políticas públicas en la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 193-194].

capitalización, reservas contables o fondos externos de pensiones³⁹⁴. En definitiva, los regímenes profesionales de previsión y jubilación en Europa se caracterizan por su heterogeneidad, tanto en su concepción como en su desarrollo, lo que es explicable por las diferentes experiencias históricas y tradiciones jurídicas que convergen en los mismos³⁹⁵. A este factor hay que añadir el hecho de que la mayoría de los países están llevando a cabo procesos de reformas en su sistema de pensiones, lo que trae como consecuencia que resulte afectado su modelo de prestaciones complementarias. Así, en Alemania, la Ley para complementar los ingresos en la vejez ha introducido un complejo sistema de fórmulas adicionales de previsión privadas, entre ellas los fondos de pensiones, que tienen como objetivo compensar, con determinadas ayudas a la suscripción de contratos individuales de protección de la vejez, la reducción operada en la pensión del sistema público³⁹⁶. En Suecia, la reforma de 1998 acometió un proceso de reordenación de las pensiones de vejez instaurando un sistema de jubilación mixto, en el que se combinan una pensión básica o mínima, basada en el sistema de reparto, con otra de carácter complementaria (pensión por primas) que se instrumenta a través de cuentas individuales obligatorias y se calcula según un modelo de capitalización³⁹⁷.

Pese a estos aspectos, ciertamente desalentadores en lo que a una futura regulación común, general y armonizadora de las pensiones privadas complementarias en el ámbito comunitario se refiere, no cabe duda que han habido importantes intervenciones comunitarias que han tratado de abordar todos los elementos relacionados con la posibilidad de desarrollar una actuación comunitaria coordinada en materia de regímenes complementarios de pensiones. En efecto, la consecución de los principios

³⁹⁴ Sobre este aspecto, véase, en general, TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension. Comment font les autres pays*, Paris, Economica, 2002; MICHAS BEGUERIE, S.: *Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne*, Paris, LGDJ, 1998; VV. AA. (Loy, G. y Loi, P. dirs.): *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, Ediesse, 2004; LÓPEZ CUMBRE, L.: “La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 7, 1998, pp. 156-162.

³⁹⁵ Para un análisis histórico de los diferentes modelos de previsión social privada en el ámbito comunitario y en EEUU y Japón, se pueden consultar VV. AA. (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives on supplementary pensions: actors and issues*, Westport (Connecticut), Quorum Books, 1996; SOLER BORDETAS, F. J.: *Fondos de...*, *op. cit.*, pp. 131-147; DOMÍNGUEZ GARRIDO, J. L.: “Los sistemas de aseguramiento complementarios en la C.E.E.”, en VV. AA.: *El futuro de las pensiones...*, *op. cit.*, pp. 119-154; VV. AA. (Rabadán Forniés, M. dir.): *Los Fondos de Pensiones...*, *op. cit.*, pp. 17-100; y CARCELÉN CONESA, J. M.: *Planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 28-31.

³⁹⁶ Un análisis de esta reforma en REINHARD, H.-J.: “La reforma de las pensiones en Alemania”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2003, pp. 101-119 y FERRERAS ALONSO, F.: “Adaptar la Seguridad Social a las nuevas situaciones sociales: el ejemplo de Alemania”, *Tribuna Social*, núm. 128-129, 2004, pp. 13-21.

³⁹⁷ Sobre el sistema de cuentas de capitalización individual, se puede consultar TURNER, J.: “Cuentas individuales: la lección de Suecia”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, núm. 1, 2004, pp. 75-97.

de libre circulación de personas (art. 42 TCE), establecimiento (art. 43 TCE), prestación de servicios (art. 49 TCE) y capitales (art. 56 TCE), así como la promoción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres (art. 141 TCE), ha dado lugar a la adopción de una serie de iniciativas comunitarias de regulación efectiva en materia de pensiones complementarias.

En primer lugar, cabría señalar el conjunto de actuaciones normativas que tratan de garantizar el principio de libertad de circulación de las personas consagrado en el art. 42 TCE. La principal motivación de este tipo de intervenciones fue la de eliminar los posibles obstáculos a la movilidad laboral que los sistemas complementarios de pensiones pudieran dar lugar³⁹⁸. De hecho, si bien tal principio se garantizaba en lo que a los sistemas de pensiones obligatorias se refiere, a través de los Reglamentos CEE 1408/71 y 574/72, no existía legislación comunitaria en relación con la movilidad dentro de los sistemas complementarios. Y así, con tal motivo, el de favorecer la adecuación de la condiciones de adquisición de los derechos a las pensiones, en particular a las pensiones complementarias, con objeto de eliminar los obstáculos a la movilidad de los trabajadores (considerando 6º), se dio aprobación a la Directiva 98/49/CE del Consejo de 29 de junio de 1998 relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por

³⁹⁸ De estos problemas se ha ocupado la Comisión Europea de forma continuada, iniciando un debate en tal sentido a través de su Comunicación sobre “Sistemas de seguridad social complementarios: lugar que ocupan los sistemas de pensiones complementarios dentro de la protección social de los trabajadores y sus efectos sobre la libre circulación” de 6 de septiembre de 1991, SEC (91) 1332. A continuación siguió la Recomendación 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (DOL núm. 245, 26 agosto 1992); la Resolución de 29 de octubre de 1992 sobre los regímenes de pensiones de jubilación profesionales y sus consecuencias para los trabajadores que circulan de un Estado miembro a otro (Doc. SN 4576/92, SOC, 29 de octubre de 1992) y el Informe del Grupo de Alto Nivel sobre Libre Circulación de Personas, presidido por la Sra. Simone Veil, solicitado por la propia Comisión al objeto de que este grupo de trabajo ofreciera a la Comisión un elenco de medidas a adoptar para la posible eliminación de los obstáculos a la libre circulación de trabajadores que planteaban los sistemas de pensiones complementarios. Precisamente, este Informe sirvió de base para la elaboración por la propia Comisión Europea del Cap. IV del Libro Verde sobre “Los sistemas complementarios de pensiones en el Mercado Único” en el que se analizaban los obstáculos vinculados a los sistemas de pensiones complementarios que impiden la libre circulación de trabajadores. En este apartado del Libro Verde y en la Comunicación de la Comisión “Hacia un Mercado Único de sistemas complementarios de pensiones” de 11 de mayo de 1999 [COM (1999) 134 final] se ponen de manifiesto los desafíos que plantea la libertad de circulación de los trabajadores en el marco de los regímenes profesionales de pensiones. En concreto: a) las duras condiciones para la adquisición de derechos de pensión complementaria; b) el problema de los pagos transfronterizos, constatándose dificultades para transferir los derechos de pensión adquiridos de un Estado miembro a otro; c) los problemas tributarios cuando se adquieren derechos de pensión en más de un Estado miembro y, d) la desventaja específica que supone cambiar de sistema en los casos de trabajadores que trabajen temporalmente en un Estado miembro distinto de aquél en el que han venido adquiriendo derechos de pensión. Sobre esta cuestión, véase SUÁREZ CORUJO, B.: “Las condiciones para la consolidación de los derechos a pensiones privadas como obstáculo a la libre circulación de los trabajadores: ilustración del caso alemán a partir del artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 12, 1998, pp. 97-113.

cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad³⁹⁹. Con este instrumento normativo se pretende, en suma, proteger los derechos de los afiliados a regímenes complementarios de pensión que se desplacen de un Estado miembro a otro, y ello a través de la adopción de una serie de medidas que se van desgranando a lo largo del articulado del texto legal. En primer lugar, cabe citar la exigencia de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar a los afiliados para los que hayan dejado de abonarse cotizaciones a un régimen complementario de pensión como consecuencia de su desplazamiento de un Estado miembro a otro el mantenimiento de los derechos de pensión adquiridos a un nivel comparable al del que se benefician los afiliados respecto de los cuales se deje de cotizar pero que permanezcan en el mismo Estado miembro (art. 4); en segundo lugar, se pide a los Estados miembros que se garantice el abono de la totalidad de las prestaciones a que tengan derecho los afiliados y los posibles beneficiarios a regímenes complementarios (art. 5); en tercer lugar, se exige que se puedan seguir realizando por aquellos trabajadores que son desplazados a otro Estado miembro, ya por sí mismos, o en su nombre, cotizaciones a un régimen complementario de pensión (art. 6) y, finalmente, se pide a los Estados miembros que adopten medidas para que los empresarios o los administradores de los regímenes complementarios de pensión u otras personas encargadas de su gestión informen adecuadamente a sus afiliados sobre sus derechos de pensión cuando se desplacen a otro Estado miembro (art. 7).

Otra de las actuaciones comunitarias en lo que a los regímenes complementarios se refiere se ha producido por la vía del artículo 137 TCE que obliga a promover un alto nivel de protección de los derechos de los trabajadores. Precisamente, con la finalidad de que los Estados miembros adoptaran medidas concretas para proteger los derechos de los trabajadores en materia de pensiones complementarias se procedió a la aprobación de las Directivas 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 empresario⁴⁰⁰ y 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas (total o parcial). De ambas se dará buena cuenta más adelante, pero interesa

³⁹⁹ Ampliamente, sobre el contenido de esta Directiva en GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Desplazamiento de trabajadores y pensiones complementarias. Comentario a la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 27, 2000, pp. 159-165.

⁴⁰⁰ En general, sobre esta norma *vid.* LOPERA CASTILLEJO, M.^a J.: “La Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: su contenido y adaptaciones recientes en la legislación española”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2000, pp. 69-84.

destacar aquí la proyección de ambas normas en el ordenamiento jurídico español.

Por lo que respecta al primero de los textos legales conviene recordar la incidencia notable que ha tenido en lo que a la configuración jurídica actual de los sistemas privados de pensiones se refiere. Así, la transposición de la Directiva 80/987/CEE a nuestro sistema jurídico supuso hacer de los instrumentos privados de previsión (especialmente de la figura de los planes de pensiones) los mecanismos idóneos para atender las exigencias planteadas por el art. 8 de la mencionada Directiva. Nótese que en este precepto se exigía de los Estados miembros el establecimiento de garantías en el supuesto de insolvencia del empleador de modo que se atendiera adecuadamente el interés de los trabajadores en cuanto a sus derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de vejez, incluidas las pensiones de supervivencia a favor de sus familiares, correspondientes a regímenes complementarios o interprofesionales de Seguridad Social. Precisamente, para dar cumplimiento a las exigencias planteadas por la normativa comunitaria, nuestro legislador se decantó por la obligada exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas con sus empleados.

Por su parte, la Directiva 2001/23/CE remite al sistema de garantías en el supuesto de la transmisión de empresa, de modo que conforme a su art. 3.4.a) la sucesión legal no será aplicable, salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, “a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de Seguridad Social de los Estados miembros”. No obstante, como indica el apartado b) del mencionado precepto, cualquiera que sea la opción elegida, los Estados miembros deberán adoptar “las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los países miembros”. En este sentido, la incorporación de esta regulación social comunitaria en nuestro ordenamiento jurídico interno no ha resultado un problema dado que, como se tendrá ocasión de comprobar, este último es más favorable que la ordenación mínima establecida en la Directiva comunitaria.

La tercera de las intervenciones comunitarias en materia de previsión social voluntaria tiene que ver con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres enunciado en el art. 141 TCE. Se trata de un principio de especial relevancia en la política de pensiones y que será objeto de un

estudio detenido al abordar el principio legal de no discriminación en los sistemas privados de pensiones. En todo caso, conviene subrayar la importancia de esta cuestión, no sólo por la imposibilidad de que se pueda establecer cualquier discriminación por razón de sexo en materia de previsión social complementaria, cuestión que se deduce inequívocamente de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁴⁰¹, sino porque determinadas circunstancias que se dan en la realidad, el supuesto de la repercusión demográfica de la mayor esperanza de vida en el colectivo de mujeres y su mayor inestabilidad laboral, pueden producir situaciones de desigualdad de facto que no se atiendan adecuadamente a través del reconocimiento jurídico-formal del principio enunciado⁴⁰². Y es que resulta evidente a estas alturas la inadecuación de gran parte de los sistemas de pensiones de los Estados miembros para dar respuesta a los nuevos modelos de trabajo y de vida de los hombres y de las mujeres⁴⁰³.

Por último, otro de los ámbitos de actuación de las instituciones comunitarias en lo que a los regímenes profesionales se refiere guarda relación con la implicación que dichos sistemas tienen con la libertad de establecimiento y prestación de servicios de los organismos aseguradores y de previsión que participan en su gestión. No cabe duda que las iniciativas nacionales e internacionales en los distintos países de la OCDE y, en particular, de los Estados miembros de la Unión Europea para potenciar los sistemas privados de previsión social pasa por la adopción de dos conjuntos de medidas: un primer grupo hace referencia a las iniciativas que hemos descrito hasta ahora, en concreto, a aquéllas que inciden en el desarrollo de los regímenes complementarios de previsión privados y que tienen como objetivo establecer planteamientos comunitarios sobre los aspectos normativos, prudenciales, fiscales, laborales y de protección del consumidor y del trabajador en esta materia; pero, por otro lado, junto al tipo de intervenciones anteriores son necesarias otra clase de medidas en las que se incluyen aquéllas que se centran en los mercados de capitales y que influyen en la gestión financiera y en la política de inversión de los fondos de pensiones y de las entidades aseguradoras en los mercados

⁴⁰¹ DOL núm. 204, 26 julio 2006. La norma comunitaria mencionada deroga la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DOL núm. 225, 12 agosto 1986), modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996. Por lo demás, el nuevo texto legal no es más que una refundición de las disposiciones correspondientes en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, recogiendo, asimismo, ciertas novedades que se derivan de la jurisprudencia del TJCE.

⁴⁰² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁴⁰³ FOIS, F.: “La riforma europea del sistema pensionistico in una prospettiva di genere. Le pensioni complementari”, en VV. AA. (Loy, G. y Loi, P. dirs.): *La previdenza complementare...*, *op. cit.*, p. 52.

financieros internacionales⁴⁰⁴. En definitiva, se trataría con este segundo grupo de actuaciones de extender y garantizar en el marco de la Unión Europea la existencia de un mercado único de fondos de pensiones y facilitar, de este modo, el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento (art. 43 TCE), la libre prestación de servicios (art. 49 TCE) y la de capitales (art. 56 TCE). Precisamente, sobre esta cuestión incide la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades de fondos de pensiones de empleo⁴⁰⁵, singularizando la actuación de este tipo de figuras jurídicas con la finalidad de establecer un marco legal comunitario que favorezca un mercado interior de la previsión ocupacional para la jubilación organizada a escala europea. Dicha norma ha sido objeto de transposición a nuestro ordenamiento a través de la Ley 11/2006, de 6 de mayo, de adaptación de la legislación española al régimen de actividades transfronterizas regulado en aquélla⁴⁰⁶

Del conjunto de las actuaciones normativas de las instituciones europeas se puede deducir la insuficiencia de sus propuestas para abordar la complejidad de los problemas sociales y económicos que plantean los sistemas de previsión complementarios en el marco de la Unión Europea⁴⁰⁷. Se hace necesario, por tanto, un perfeccionamiento de las medidas tendentes a favorecer mecanismos de coordinación ante la excesiva diversidad que caracteriza a los regímenes profesionales de cada uno de los Estados miembros. En definitiva, la construcción de un marco comunitario de prestaciones complementarias del segundo nivel pasa por abordar, de forma decidida, cuestiones tales como: la diversidad de modalidades de técnicas de gestión y control, las diferentes condiciones impuestas para la consolidación de los derechos a pensiones privadas, la problemática acerca de la transferibilidad de los derechos de pensiones complementarias en el supuesto de un desplazamiento a otro Estado miembro o el distinto tratamiento fiscal otorgado a estos instrumentos. La propia Comisión en su Comunicación de 11 de mayo de 1999⁴⁰⁸ establece tres frentes de actuación en orden a favorecer una política integradora de las pensiones privadas en el seno de la Unión Europea, a saber: la regulación de los fondos de pensiones de empleo en el contexto de un mercado único de la previsión, la eliminación de las trabas –diversidad de condiciones de adquisición y consolidación de derechos de pensión o falta de normas comunes acerca de

⁴⁰⁴ GARCÍA de QUEVEDO RUIZ, J. C. y PLAZA SALAZAR, J. R.: “Los regímenes privados de previsión social en el contexto de la Unión Europea”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2629, 1999, pp. 44-45.

⁴⁰⁵ DOCE 23 septiembre 2003.

⁴⁰⁶ BOE 17 mayo 2006.

⁴⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección social complementaria...”, *op. cit.*, p. 910.

⁴⁰⁸ Comunicación de la Comisión, de 11 de mayo de 1999: Hacia el mercado único de sistemas complementarios de pensiones (resultados de la consulta en torno al Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único) [COM (1999) 134 final].

la transferibilidad de los mismos- que los regímenes complementarios pueden plantear a libre circulación de los trabajadores y, finalmente, la exigencia de una mínima homogeneidad en el tratamiento fiscal actualmente existente en cada uno de los Estados miembros. Conviene resaltar, por tanto, la necesidad de que este proceso imparable de desarrollo de las pensiones privadas en el marco de las reformas de los sistemas globales de protección de los Estados miembros de la Unión Europea se haga a través de un tratamiento adecuado de los problemas de coordinación intracomunitaria de estos sistemas privados de pensiones, lo que exige “una intervención totalizadora sobre numerosos aspectos del Derecho Social y del Derecho de la Economía”⁴⁰⁹.

3.5. Los planes y fondos de pensiones y otros instrumentos de previsión voluntaria

Tal y como se ha podido comprobar a lo largo del estudio, la protección social voluntaria se caracteriza por la variedad de los instrumentos que forman parte de la misma. Así, junto a los planes y fondos de pensiones aparecen una serie de instituciones que siguen teniendo vigencia como mecanismos que ofrecen una protección adicional al sistema público de Seguridad Social y que tienen un carácter voluntario en cuanto a su constitución. Las mejoras voluntarias, las Mutualidades de previsión social y los seguros de vida son instrumentos típicos de previsión constituidos por el impulso de la iniciativa privada frente al carácter público, obligatorio, mínimo y suficiente del sistema de Seguridad Social. De modo que estas cuatro figuras jurídicas –Planes y Fondos de pensiones, Mejoras Voluntarias, Mutualidades de Previsión Social y seguros colectivos de vida- participarían de las notas que caracterizan el ámbito de la protección social voluntaria: estaríamos, por tanto, ante mecanismos que, al contrario que la Seguridad Social, tienen un carácter voluntario tanto en lo que a la implantación de dichos mecanismos se refiere, como en los distintos modos de acceso a los mismos; su gestión es normalmente de carácter privado, y ello pese a que la garantía constitucional de libertad en el campo de las prestaciones complementarias contenida en el último inciso del art. 41 CE no impide una intervención de los poderes públicos en tal sentido; y, por último, las prestaciones que otorga el sistema de previsión voluntario obedecen, generalmente, a una lógica contractual-privada, y tienen como finalidad ofrecer una protección adicional a la garantizada suficientemente por el sistema público.

Siendo esto así, y pese a que se trata de instrumentos que atienden, generalmente, a un objetivo general común, cuál es el de erigirse en técnicas de protección social complementarias –que no sustitutivas ni

⁴⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La protección social complementaria...”, *op. cit.*, p. 910.

alternativas- de las prestaciones que dispensa el sistema público de Seguridad Social, todas ellas presentan diferencias notables entre sí. Por lo pronto, y como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, las mejoras voluntarias constituyen una modalidad de Seguridad Social voluntaria que aún siendo promovidas y establecidas por la iniciativa privada se encuentran integradas en la acción protectora de la Seguridad Social. El resto de modalidades, incluidos los planes y fondos de pensiones, se caracterizan por ser mecanismos de protección social externos al sistema de Seguridad Social, de libre iniciativa, funcionamiento y gestión, y de las que emanan prestaciones de carácter privado en modo alguno integradas en la acción protectora de la Seguridad Social. Otros aspectos, como los colectivos objeto de protección a través de cada una de las medidas, la acción protectora otorgada, su incidencia en la previsión social o el hecho de que actúen en planos o fases distintas convierten a cada uno de estos instrumentos en instituciones diferenciadas –especies- del género de la protección social voluntaria.

Precisamente, el hecho de que los planes y fondos de pensiones tengan una especial relación con el resto de técnicas de protección social voluntaria al atender necesidades comunes e intervenir en un mismo ámbito de actuación, exige de una labor de clarificación acerca de cuáles son los elementos diferenciadores de cada uno de estos instrumentos de previsión. Conviene, por tanto, aunque sólo sea someramente, proceder a un análisis de las características básicas, funciones y alcance de cada uno de los mecanismos antes aludidos –Mejoras Voluntarias, Mutualismo y seguros colectivos de vida- que junto a los planes de pensiones conforman el ámbito de la protección social voluntaria, al objeto de que con posterioridad se pueda llevar a cabo una correcta concreción de la institución que nos ocupa.

A) Las Mejoras Voluntarias

Las mejoras voluntarias son prestaciones complementarias que se dan en el seno de las empresas y aparecen reguladas en la legislación de Seguridad Social, en concreto en los artículos 39 y 191 a 194 TRLGSS. No hay, en este sentido, una concreción legal de lo que quepa entender por estas figuras, tan sólo el art. 39 TRLGSS se limita a establecer que la modalidad contributiva de la acción protectora podrá ser mejorada voluntariamente en los términos y condiciones establecidas por la regulación legal y reglamentaria del Régimen General o de los Regímenes Especiales. Precisamente, en cuanto al Régimen General, el artículo 191 del TRLGSS contempla dos modalidades de mejoras voluntarias: las directas de las prestaciones y el establecimiento de tipos de cotización adicionales. Estas últimas han caído en desuso, siendo las primeras las que

han sido objeto de implantación a través de la negociación colectiva o por decisión unilateral del empresario.

En todo caso, lo que ha caracterizado a estas mejoras es, por un lado, el que su constitución se debe a la iniciativa de los particulares, de ahí que estemos ante un tipo de previsión social voluntaria y, por otro, que a pesar de ser debidas al impulso privado se integran, según el artículo 1.3 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de Diciembre 1966 por la que se regulan las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social⁴¹⁰, desde el momento de su establecimiento en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social. De este modo, el conjunto de las prestaciones de previsión que puede acoger esta modalidad de protección social voluntaria se inserta en el cuadro protector de la Seguridad Social, quedando, en consecuencia, publicadas, y ello pese a que dichas prestaciones hayan sido fruto de la autonomía privada. En definitiva, el modo de instrumentación de los esfuerzos voluntarios confiados a la iniciativa privada deviene, teóricamente, en puramente instrumental para los fines ya preestablecidos de la acción protectora confiada al sistema público hacia el cual se reconducen las prestaciones surgidas a impulso privado en el cuadro legal de las mejoras voluntarias⁴¹¹.

Llegados a este punto, conviene puntualizar que no se trata en este apartado de realizar un análisis exhaustivo del régimen jurídico de las mejoras voluntarias, al contrario la finalidad del tratamiento de estas figuras en el presente estudio es el de comprobar cuál es el alcance de este mecanismo de protección social voluntaria y, más aún, que relación guardan con el resto de los instrumentos de previsión externos al sistema de Seguridad Social. De esta forma, del conjunto de las características de las mejoras voluntarias, de su régimen jurídico en general, interesa destacar dos aspectos fundamentales: el primero de ellos tiene que ver con la conexión que estas figuras tienen con el resto de las técnicas de protección complementaria, ya que las mejoras voluntarias pueden ser instrumentadas a través de las diferentes modalidades de protección externas a la Seguridad Social señaladas más arriba; y el segundo, el papel residual que les atribuiría hoy el legislador al optar porque sean el contrato de seguro o los planes de pensiones los únicos modos de instrumentar los compromisos por pensiones derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el artículo 8 TRLPFP, en concreto, la situación de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez y de muerte y supervivencia.

Con respecto a la primera cuestión, conviene recordar que el artículo 193.1 TRLGSS permite a las empresas gestionar la mejora directa de

⁴¹⁰ BOE 30 diciembre 1966.

⁴¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 79.

prestaciones “por sí mismas o a través de la Administración de la Seguridad Social, Fundaciones Laborales, Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o entidades aseguradoras de cualquier clase”. Es indudable que tras la aprobación de la Ley 8/1987 también los planes de pensiones pueden gestionar mejoras directas de prestaciones. De esta forma, una vez gestionadas las mejoras a través de otros instrumentos de protección, como lo son los mencionados, se planteaba el problema de dilucidar la naturaleza de la relación jurídica que se establecía como consecuencia de operar sobre la mejora todo un conjunto de normas -las reguladoras de dichos mecanismos de previsión- que, en buena lógica, iban a provocar una efectiva distorsión de su caracterización jurídico-positiva, en concreto, en lo relativo a su consideración de mecanismos integrados en el cuadro protector del sistema de la Seguridad Social, pese a que su implantación fuera fruto de la iniciativa privada. Esta cuestión ya se planteó, especialmente en el supuesto de la instrumentación de una mejora directa de prestaciones a través de entidades aseguradoras, siendo la jurisprudencia la que dio solución a numerosos conflictos planteados en este sentido, advirtiendo que el modo de gestión elegido por las partes era un aspecto puramente instrumental que no hacía perder a la mejora voluntaria su condición de prestación de Seguridad Social⁴¹².

Sin embargo, el mayor problema se plantea a raíz de la promulgación de la Ley 30/1995 que vino a introducir nuevos elementos de discusión y a configurar un nuevo modelo de mejoras voluntarias⁴¹³. En efecto, si bien las empresas podían utilizar, según el artículo 193 TRLGSS, como modos de gestión de las mejoras negociadas en su seno “a la propia Administración de la Seguridad Social, a Fundaciones Laborales, a Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o a Entidades aseguradoras de cualquier clase”, a partir de la aprobación de la Ley 30/1995 esa libertad de opción se vio restringida, ya que conforme a la disp. adic. 11ª de dicha Ley, en su aptdo. 19º, los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, debían instrumentarse mediante contratos de seguro o a través de planes de pensiones, o de ambos instrumentos a la vez. Y así, estos compromisos por pensiones eran los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de las empresa y vinculados a las contingencias de jubilación o situación asimilable, la incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y gran validez y la muerte del partícipe o beneficiario, que pueda generar derecho a una pensión de viudedad u orfandad, según lo establecido en el art. 8.6 TRLPPF. A ello había que

⁴¹² Así, entre otras, en sentencias del Tribunal Supremo 27 junio 1990 (*RJ* 1990, 5529); 28 enero 1992 (*RJ* 1992, 130); 21 octubre 1992 (*RJ* 1992, 7663) y 22 abril 1993 (*RJ* 1993, 3348).

⁴¹³ Expresión tomada de REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: Protección social y negociación colectiva”, en VV. AA. (López López, J. coord.): *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 253.

añadir que se prohibía a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 la instrumentación de nuevos compromisos por pensiones por parte del empresario mediante fondos internos.

Con esta nueva situación, la creada con la aprobación de la citada norma, se volvía a reabrir la cuestión de la incidencia que podía tener la obligada externalización de las mejoras directas de pensiones en el régimen de la relación jurídica de estos mecanismos, ya que se volvía a plantear el debate en torno a si los nuevos instrumentos de gestión promovidos por la Ley 30/1995 –planes de pensiones y contratos de seguros- hacían prevalecer la normativa de seguro privado o de planes de pensiones en la que se inscribían las mejoras directas, o por el contrario había que entender, como lo hacía la jurisprudencia hasta ese momento, que no perdían su carácter de prestaciones de Seguridad Social a causa de la modalidad de gestión empleada, aunque ésta fuera a través del establecimiento de un plan de pensiones o seguro. Y así, aunque la respuesta a este interrogante no se encontrara en el propio texto de la Ley 30/1995, es evidente que con esta norma el legislador tenía como objetivo proceder a una eventual transformación de las mejoras voluntarias en su consideración de prestaciones integradas en el sistema institucional de la Seguridad Social.

Sobre este particular, es necesario señalar que la integración de las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social ya venía siendo problemática con anterioridad a la aprobación de la Ley 30/1995. Y así, se podían apuntar dos razones que avalaban esa consideración: la primera, referida al abandono de esta institución por parte del legislador, lo que dio lugar a que fuera la iniciativa privada la que, con el paso del tiempo, hubiera modulado sus caracteres y, en segundo lugar, su alejamiento gradual de los esquemas de la Seguridad Social se debió a la total libertad de configuración de que gozaron las partes⁴¹⁴. Del mismo modo, esta asimilación de las mejoras a la estructura de la acción protectora de la Seguridad Social, en especial de las mejoras directas, fue flexiblemente interpretada por la doctrina y también durante un tiempo por el Tribunal Central de Trabajo y el Tribunal Supremo. La primera, ya consideró el caso de las mejoras directas como impropias respecto del resto de modalidades de mejoras voluntarias de la Seguridad Social⁴¹⁵ e, incluso, se relativizó el hecho de que formaran parte de la normativa de la Seguridad Social, ya que ésto sólo debía aceptarse matizadamente, si acaso, en el sentido de que

⁴¹⁴ Véase ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.: “Los instrumentos para la previsión complementaria...”, *op. cit.*, p. 244.

⁴¹⁵ A juicio de MARTÍN VALVERDE, “las llamadas mejoras directas, precisamente por estar financiadas y gestionadas al margen de los sistemas de financiación y gestión de los regímenes legales, no pueden incluirse en el grupo de las mejoras y entran de lleno en el de los regímenes complementarios (...) de modo que la denominación de mejora voluntaria habría de estar reservada, dentro del cuadro legal del derecho positivo español, a las mejoras por establecimiento de tipos de cotización adicionales” (*Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, pp. 77-78). En idéntico sentido, CASAS BAHAMONDE, M.^a E.: *Autonomía colectiva...*, *op. cit.*, pp. 249-250.

tales mejoras seguían la suerte, en algunos aspectos, de la prestación pública a la que complementaban y en relación a la cual se constituían, pero no en el sentido de que se convirtieran en prestaciones del sistema público cuya naturaleza nunca alcanzaban⁴¹⁶. La jurisprudencia, por su parte, también vino a confirmar esa falta de equiparación automática de las mejoras con las prestaciones de la Seguridad Social que complementaban⁴¹⁷, así como, que “toda mejora voluntaria de la Seguridad Social debía regirse, en principio, por las propias normas del sistema en lo no expresamente previsto”⁴¹⁸ y que dichas mejoras aún estando integradas en el ámbito protector de la Seguridad Social y participen de sus caracteres, “no supone que les sea de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social...”⁴¹⁹.

Por tanto, las mejoras, una vez establecidas, asumían, en principio, los caracteres atribuidos a las prestaciones de la Seguridad Social⁴²⁰ y se integraban en su sistema jurídico-institucional, pero sólo matizadamente, ya que tan sólo le serían aplicables determinados rasgos de las prestaciones públicas. En efecto, la jurisprudencia fue la encargada de ir determinando las diferencias con las prestaciones básicas de la Seguridad Social de las mejoras voluntarias⁴²¹, de modo que a estas últimas no le serían aplicables ni el recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, a que se refiere el artículo 123.1 TRLGSS⁴²², ni la regla general de incompatibilidad de las prestaciones públicas del art. 122 TRLGSS⁴²³, ni tampoco las revalorizaciones o los límites de cuantía a las pensiones predicables de las pensiones públicas⁴²⁴, ni, en modo alguno, el régimen de garantías previsto en el art. 121.2 TRLGSS en caso de concurrencia de acreedores o en el art. 126 TRLGSS en el supuesto de insolvencia empresarial o inexistencia de empresario responsable, no

⁴¹⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La empresa y los regímenes complementarios de las pensiones de la Seguridad Social”, *Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social*, núm. 2, 1994, p. 19.

⁴¹⁷ STCT 22 febrero 1984 (RJ 1984, 1650).

⁴¹⁸ STSS 25 septiembre 1995 (RJ 1995, 6886); 13 julio 1997 (RJ 1998, 7013); 9 diciembre 1999 (RJ 1999, 9722).

⁴¹⁹ STSS 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2591) y 17 mayo 1997 (RJ 1997, 2556).

⁴²⁰ Se estaría haciendo referencia a los caracteres genéricos predicables de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social y recogidos en el art. 40 TRLGSS, a saber: el que no podrán ser objeto de cesión parcial o total, embargo, retención, compensación o descuento, salvo en los supuestos previstos legalmente.

⁴²¹ Sobre esta cuestión, véase VALERA de la ESCALERA, S.: “Las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, número monográfico, 1987, pp. 363-367 y AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social...*, *op. cit.*, pp. 171-173.

⁴²² STCT 22 febrero 1984 (RJ 1984, 1650) y SSTS 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2591) y 11 julio 1997 (RJ 1997, 6528).

⁴²³ STS 27 enero 1996 (RJ 1996, 205).

⁴²⁴ STCT 18 junio 1980 (RJ 1980, 3600) y SSTS 3 abril 1995 (RJ 1995, 2907) y 3 julio 1995 (RJ 1995, 5905).

recayendo sobre los distintos organismos de la Seguridad Social responsabilidad directa, subrogada o subsidiaria o de colaboración⁴²⁵.

Bajo a estas dos circunstancias, el de la dudosa equiparación de las mejoras voluntarias con las prestaciones de Seguridad Social que complementan y el de la obligada exteriorización de los compromisos por pensiones prevista en la Ley 30/1995, se abre una nueva etapa para el devenir de las mejoras voluntarias en lo que al papel que en el futuro pueden desempeñar en el marco de la previsión social complementaria. Y lo que es más importante se impone, por efecto de esas dos circunstancias, una visión privatizadora de los modos de gestión e instrumentación de una parcela del ámbito de protección que era objeto tradicional de las mejoras voluntarias. En efecto, la nueva regulación ordenada por la Ley 30/1995 en materia de compromisos por pensiones asumidos por las empresas ya no va a resultar indiferente en la discusión relativa a la consideración de las mejoras como prestaciones integradas en la acción protectora de la Seguridad Social. Y así, cuando las mejoras se instrumenten a través de un plan de pensiones o contrato de seguro ya no va a hacerse prevalecer el criterio jurisprudencial por el cuál las mejoras debían ser objeto de regulación por el TRLGSS, independientemente del instrumento de gestión utilizado, especialmente para los casos en los que la mejora se realizaba a través de un contrato de seguro. Muy al contrario, las mejoras voluntarias no podrán realizarse a través de alguno de los mecanismos privados de previsión aludidos –planes de pensiones o contrato de seguro- sin que esto no suponga una alteración del régimen jurídico de aquéllas, y ello porque ya no se va a poder ignorar la incompatibilidad manifiesta entre los sistemas jurídicos de las mejoras con respecto al de los planes de pensiones y los contratos de seguro⁴²⁶.

De todo lo dicho hasta aquí, y en relación a la primera cuestión que nos planteábamos al principio relativa a la relación que hoy tienen las mejoras voluntarias con respecto al resto de las técnicas de protección social complementaria, se puede obtener la siguiente conclusión: al imponer el legislador la obligación de externalizar los compromisos por pensiones de las contingencias previstas en el art. 8.6 TRLPFP a través de las figuras de los planes de pensiones y contratos de seguro, no sólo está determinando una forma de gestión al modo cómo antes se entendía al amparo del art. 193 TRLGSS, sino que con ello se pretende transformar las mejoras que instrumentaban este tipo de pensiones en prestaciones de naturaleza estrictamente privada. Las razones que apoyan esta afirmación concluyente las podemos encontrar en dos aspectos trascendentales que han ido surgiendo a lo largo de este apartado.

⁴²⁵ SSTS 19 julio 1988 (*RJ* 1988, 6199); 13 febrero 1997 (*RJ* 1997, 1263) y 8 abril 1997 (*RJ* 1997, 3052).

⁴²⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 158.

En primer lugar, la evolución de la doctrina jurisprudencial en materia de previsión social voluntaria nos puede dar una idea del proceso de despublificación⁴²⁷ de las mejoras voluntarias y la adopción por nuestros Tribunales de una visión menos integradora de estos mecanismos en el cuadro prestacional del sistema público de Seguridad Social. Así, se ha pasado de una jurisprudencia que ha ido asimilando las mejoras de prestaciones a la Seguridad Social, al menos en orden a extender principios y caracteres de las prestaciones básicas⁴²⁸, a otra caracterizada por tratar de relativizar el hecho indubitado de que la mejora voluntaria tenga igual naturaleza que la prestación principal que complementa, de modo que el régimen jurídico aplicable a las mismas no es el que la legislación vigente tiene establecido para las prestaciones de Seguridad Social, sino el derivado del convenio o acto que las crea o constituye, por lo que tan sólo habría que acudir a los conceptos y preceptos propios de la Seguridad Social en supuestos de duda o para integrar lagunas⁴²⁹. En consecuencia, y teniendo en cuenta estas consideraciones, se puede afirmar que la reciente jurisprudencia no renuncia a atribuir a las mejoras voluntarias la misma naturaleza jurídica que a las prestaciones de Seguridad Social, pero convierte a la negociación colectiva en fuente principal de su regulación jurídica⁴³⁰. Este aspecto, el hecho de que la jurisprudencia hiciera especial hincapié en los pactos o reglas que hubieran creado las mejoras, ya se tratara de convenios colectivos, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario, debiendo acudir, en primer lugar, a éstos al objeto de determinar la estructura y caracteres de una mejora prestacional concreta, tenía una importancia crucial ya que suponía dar un primer paso en favor de la transformación de las mejoras voluntarias en prestaciones externas a la Seguridad Social, pese a que pudieran seguir equiparándose a la acción protectora de la Seguridad Social a efectos interpretativos. En definitiva, se convertía a las prestaciones complementarias de carácter voluntario es más independientes jurídicamente respecto de las prestaciones públicas⁴³¹.

Precisamente, esta orientación jurisprudencial se fue amplificando a partir de la aprobación de la Ley 30/1995 y la remodelación de la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones. Un ejemplo

⁴²⁷ GETE CASTRILLO, P.: “La disponibilidad convencional incondicionada de las pensiones privadas, un factor de inseguridad social”, en VV. AA.: *Pensiones sociales...*, op. cit., p. 271.

⁴²⁸ BLASCO LAHOZ, J. F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.^a A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social (y prestaciones complementarias)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 178-184. Sobre esta cuestión, véase ampliamente YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Madrid, Edersa, 1995.

⁴²⁹ Ejemplos de esta jurisprudencia en SSTS 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2591); 5 junio 1997 (RJ 1997, 4628); 8 abril 1995 (RJ 1995, 2923) y SSTSJ Comunidad Valenciana 23 noviembre 1991 (RJ 1991, 6351); 30 enero 1992 (RJ 1992, 379); Galicia 12 junio 1992 (RJ 1992, 3049).

⁴³⁰ REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: “Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 62, 1993, p. 894.

⁴³¹ GETE CASTRILLO, P.: “La disponibilidad convencional incondicionada...”, op. cit., p. 271.

paradigmático de esta nueva situación estuvo constituido por la sentencia 206/1997, de 27 de noviembre del Tribunal Constitucional, ya comentada, en la cuál se afirmaba con rotundidad que la posibilidad de que los planes y fondos de pensiones pudieran servir de instrumento a las mejoras directas no suponía la alteración del régimen jurídico de éstos. De ahí que para el Tribunal Constitucional los planes y fondos de pensiones sirven para canalizar las mejoras pero no por ello se equiparan a las prestaciones de la Seguridad Social, ya que esa relación de conexión se puede predicar de las mejoras con respecto a la Seguridad Social, pero no de los planes y fondos de pensiones, que son independientes. Así, se podría advertir que cuando una mejora se gestione a través de un plan de pensiones deja de formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social, siéndole de aplicación el régimen jurídico previsto para los planes y fondos de pensiones⁴³².

Por otro lado, la segunda de las razones que sirven de base para afirmar la eventual transformación de las mejoras voluntarias en prestaciones externas al sistema público de Seguridad Social cuando son gestionadas a través de contratos de seguros o de planes de pensiones, descansa en la idea de la existencia en la actualidad de una regulación jurídica unitaria y autosuficiente de estos instrumentos a partir de la aprobación de la Ley 30/1995, lo que hace incompatible el régimen jurídico actual de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social con el correspondiente a los distintos mecanismos que sirven para instrumentar compromisos por pensiones (planes de pensiones, contratos de seguro y mutualidades de previsión social)⁴³³. Piénsese, que el marco legal impuesto por la Ley 30/1995 y los posteriores desarrollos legales y reglamentarios otorgaron una normativa específica a los instrumentos privados de previsión, dotándolos de unas características comunes –como modalidad externa y voluntaria de protección- organizados bajo una lógica contractual privada. Estamos, por tanto, ante mecanismos caracterizados por su flexibilidad en su conformación interna, por el carácter privado de las prestaciones que otorgan, la gestión es privada y externa a las empresas, posee peculiares modos de implantación, sistemas de autofinanciación y un tratamiento fiscal ventajoso.

⁴³² Esta es la conclusión que obtiene AGUILERA IZQUIERDO, para quién “lo mismo ocurre cuando la mejora se gestione a través de una mutualidad de previsión social que se rija por las reglas específicas previstas en la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado de 1995”, ya que ambas instituciones son instrumentos privados de protección social, cuya específica finalidad, al tener un ordenamiento jurídico propio, es la protección social y voluntaria (*Pensiones Privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 2001, p. 24).

⁴³³ Como indica SUÁREZ CORUJO, “la controversia sobre la determinación del régimen jurídico aplicable a las mejoras concertadas a través de entidades aseguradoras es resultado del conflicto planteado entre la normativa de Seguridad Social y la propia de seguros, que tradicionalmente ha llevado a jueces y Tribunales a hacer prevalecer la primera en términos generales. Tal solución es lógica hasta el año 1995, puesto que no existía ninguna regulación específica sobre el contrato de seguro laboral” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 49-50).

Precisamente, y analizando el caso concreto de los planes y fondos de pensiones, el hecho de que éstos dispongan de un régimen jurídico propio, autosuficiente y autónomo nos permite comprobar como las mejoras voluntarias presentan una serie de caracteres específicos que se manifiestan incompatibles con los primeros⁴³⁴. Así, las mejoras voluntarias una vez establecidas se integran, como ya se ha dicho, en la acción protectora de la Seguridad Social y toman como punto de referencia lo dispuesto en la normativa de Seguridad Social. Al contrario, los planes y fondos de pensiones no pueden ser sustitutivos de las prestaciones del régimen público de Seguridad Social y serán o no complementarias de aquéllas. En este sentido, las mejoras participan de los caracteres de las prestaciones públicas, aunque no en todos sus extremos, y los planes de pensiones pueden estar totalmente desligados de las pensiones públicas. Y también hay importantes diferencias entre las mejoras voluntarias y los planes de pensiones en torno al ámbito subjetivo y al sujeto obligado a realizar las aportaciones⁴³⁵. En definitiva, el carácter estrictamente privado de los planes, evidenciado tanto por lo que se refiere al impulso privado, como a la estructura de gestión y esquema de prestaciones (de naturaleza privada), contrasta con la asimilación, aunque sea sólo matizadamente, de las mejoras voluntarias a las prestaciones públicas que complementan. De ahí que se pueda afirmar que la regulación jurídica dispensada a las mejoras voluntarias y la relativa a los planes de pensiones sean alternativas o paralelas “dada la no difícil comprobación de que tanto su naturaleza jurídica como los rasgos típicos de su correspondiente régimen jurídico positivo son manifiestamente diferenciados e *hic et nunc* incompatibles”⁴³⁶. Por ello, de acuerdo con el régimen legal actual, las mejoras voluntarias no se podrán instrumentar a través de un plan de pensiones sin que ésta circunstancia suponga una modificación de su configuración jurídico-positiva⁴³⁷. En definitiva, sobre la base de la incompatibilidad de los

⁴³⁴ Un análisis exhaustivo de las importantes diferencias que vienen reflejadas en el régimen jurídico aplicable a cada una de estas técnicas de protección en ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 193-201.

⁴³⁵ El ámbito subjetivo de las mejoras voluntarias se limita a las personas comprendidas en el apartado 1 del art. 7 TRLGSS, esto es, quienes están comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, mientras que el ámbito subjetivo de los planes es claramente más amplio. Además, en cuanto a la responsabilidad en el coste económico de las prestaciones, las mejoras voluntarias se costean a cargo de las empresas y sólo excepcionalmente, previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo del trabajador (art. 192 TRLGSS). En los planes del sistema de empleo, en todo caso, está prevista la aportación de los partícipes (junto a las del promotor). *Cfr.* CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: “El papel de los planes y fondos de pensiones en el sistema de previsión social”, *Actualidad Laboral*, núm. 25, 1999, pp. 489-490.

⁴³⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público privado...*, *op. cit.*, p. 159.

⁴³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas: obligaciones de...*, *op. cit.*, p. 22. No lo entiende así LÓPEZ CUMBRE que viene a admitir la identificación de objeto entre la mejora directa y el plan cuando el compromiso por pensiones que se contrae por el empresario con sus trabajadores se destine exclusivamente a mejorar las mismas (“Pensiones privadas y Seguridad Social: una controvertida relación”, en VV. AA.: *Pensiones Sociales...*, *op. cit.*, pp. 224-225). También GALA DURÁN afirma que

regímenes jurídicos de ambas instituciones habrá que considerar que cuando una mejora voluntaria se instrumente a través de un plan de pensiones deja de ser mejora voluntaria⁴³⁸ y de estar integrada en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, por ser la Ley de planes y fondos de pensiones y su Reglamento su marco regulador ya que como indica el Tribunal Constitucional en su sentencia 206/1997, “no puede utilizarse su virtualidad (la de los Planes de Pensiones) como instrumentos de mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social, para alterar un régimen jurídico contemplado como suficiente y autónomo respecto de aquéllas”.

Por otro lado, de igual modo hay que resolver la relación jurídica que se establece cuando las mejoras se instrumenten a través de contratos de seguros, ya estén formalizados a través de una entidad aseguradora o a través de una Mutualidad de previsión social, dado que al igual que los planes de pensiones poseen una regulación jurídica singular contenida especialmente en el RICP y su finalidad consiste en otorgar prestaciones que en modo alguno se integran en la acción protectora de la Seguridad Social sino que forman parte del sistema de protección social privada, voluntaria y externa al sistema de Seguridad Social.

Finalmente, habría que dar respuesta a la segunda de las cuestiones que nos planteábamos al inicio de este apartado, relativa al papel que debían tener hoy las mejoras voluntarias en el marco de la previsión social voluntaria. Y así, en primer lugar, habría que hacer notar que tras el mandato contenido en la Ley 30/1995 acerca de la obligada exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos en el seno de las empresas a través de planes de pensiones o contratos de seguros, es indudable que el

si un plan de pensiones se constituye con la finalidad de otorgar una mejora directa de una prestación debe regirse desde ese momento con las normas que regulan las mejoras voluntarias y no por su propia normativa (*El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, José María Bosch editor, 1999, p. 63). Sin embargo, no parece que sea ésta la línea argumental defendida por nuestro alto Tribunal. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000 (AS 2000, 1439), se vuelve a resolver, en el mismo sentido que la STC 206/1997, de 27 de noviembre, la relación conflictiva entre el acto de constitución de los compromisos por pensiones, establecidos en convenio colectivo (norma laboral) y la instrumentación de los mismos a través de un plan de pensiones (norma mercantil). Aclara el alto Tribunal que en estos casos no se está “en el supuesto de ordenación de fuentes del Derecho del trabajo, sino ante la concurrencia de una norma laboral (el convenio colectivo) con otra que no lo es, el RD 1307/1988. Esto se debe a que en materia de planes y fondos de pensiones se produce un fenómeno de coordinación entre sectores distintos del ordenamiento: el convenio colectivo, como norma laboral, define los compromisos del empresario y de los trabajadores en materia de seguridad social complementaria, pero estos compromisos en la medida en que deben someterse a una instrumentación determinada a través de una institución propia de Derecho Mercantil han de regirse en este plano por las reglas de ese sector del ordenamiento...”.

⁴³⁸ Así lo entiende AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas...*, op. cit., p. 24. Para VAL TENA, se hace necesario distinguir “entre los compromisos por pensiones y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, ya que no se trata solamente de diferencias basadas en la modalidad de gestión que no llega a alterar el régimen jurídico que se ha venido aplicando a esta última” (*La Exteriorización de los Compromisos por Pensiones: el Régimen Jurídico de la Protección de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, p. 212).

legislador ha querido que las mejoras voluntarias se circunscriban a un ámbito muy concreto de la previsión social empresarial: el de las prestaciones temporales derivadas de las contingencias de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y el de las prestaciones económicas o indemnizaciones a tanto alzado que tengan por objeto la contingencia por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual o por lesiones permanentes no invalidantes de accidente de trabajo⁴³⁹.

En efecto, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1995 las mejoras voluntarias que tengan por objeto las pensiones –de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez y muerte y supervivencia– deben ser gestionadas a través de un contrato de seguro colectivo de vida (incluyendo los concertados a través de Mutualidades de previsión social) o un plan de pensiones, sin que quepa otra posibilidad. El hecho de que la mejora se instrumente a través de alguno de estos mecanismos va a dar lugar a que la misma sea objeto de regulación por los pactos o reglas que las hayan creado, por la normativa específica del instrumento de gestión utilizado y, en su defecto, por el TRLGSS⁴⁴⁰, lo que indefectiblemente trae como consecuencia la consideración de la mejora como prestación de naturaleza estrictamente privada.

Por su parte, las mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social establecidas por la iniciativa privada para dar una cobertura adicional distinta a la de los compromisos por pensiones a los que alude el art. 8.6 TRLFPF y siempre que no utilice como medio de gestión a un plan de pensiones o a un seguro colectivo, tendrá como fuente de regulación a los pactos o reglas que las hayan creado y, en su defecto, al TRLGSS, pero, en todo caso, habrá que otorgarles la categoría de prestaciones integradas en la acción protectora de la Seguridad Social, como consecuencia de la previsión legal contenida en los arts. 191 y ss del TRLGSS. Para este tipo de mejoras no resulta aplicable la obligación de exteriorización, por lo que cabe la posibilidad de gestionar las mejoras pactadas con fondos internos de la empresa.

En fin, de todo lo dicho hasta aquí se puede apreciar como los últimos desarrollos legislativos en lo que a la protección social complementaria se refiere ha puesto en evidencia una nueva política de ordenación de la figura

⁴³⁹ Como advierte YANINI BAEZA, “las mejoras directas de obligatoria externalización no agotan toda la variedad de las que pueden establecerse en favor de los trabajadores, de modo que con igual finalidad complementaria o suplementaria a favor de los trabajadores puede convenirse la indemnización adicional por causa de la incapacidad permanente parcial o de las lesiones permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo, el complemento de la prestación por incapacidad temporal (...)” (“La Seguridad Social complementaria. Mejoras Voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro”, en VV. AA. (Villa Gil, L. E. de la dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.ª ed., 2004, p. 960).

⁴⁴⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social” en VV. AA. (Sempere Navarro, A. dir.): *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1097-1098.

jurídica de las mejoras voluntarias. Su papel a partir de ahora va a estar circunscrito, aunque no exclusivamente, a las prestaciones de naturaleza temporal⁴⁴¹, de modo que el resto de la protección complementaria o suplementaria que se pueda acordar en el marco empresarial se reconduce teóricamente hacia los sistemas privados de previsión.

B) Mutualidades de previsión social

Las Mutualidades de previsión social son otra de las técnicas de protección social externa a la Seguridad Social. El TRLOSSP las define como “entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria” (art. 64.1). De este modo, la Ley las enmarca en el ámbito de las prestaciones complementarias, siendo las únicas aseguradoras a las que se reconoce expresamente dicha función⁴⁴². Estamos, por tanto, ante operaciones de seguro privado, de ahí que el art. 64.2 TRLOSSP equipare el objeto social de las mutualidades de previsión social con respecto al resto de las entidades aseguradoras, pero se diferencia de estas últimas por el hecho de atender a una finalidad específica y singular, cuál es la de poder otorgar prestaciones sociales de carácter privado y voluntario. En definitiva, las Mutualidades de previsión social actúan fuera de la Seguridad Social obligatoria y sus prestaciones poseen naturaleza jurídica distinta a las dispensadas por el sistema público de protección social⁴⁴³.

Esta configuración, a caballo entre su carácter asociativo y su actividad de naturaleza asegurativa⁴⁴⁴, ha marcado el devenir histórico de esta institución. Precisamente, las primeras manifestaciones del mutualismo atienden a la finalidad de desarrollar una actividad aseguradora para sus asociados bajo los principios de la solidaridad, la ayuda mutua y la falta de ánimo de lucro, siendo a raíz de la Ley de 6 de Diciembre de 1941 y su Reglamento de 26 de Mayo de 1943 cuando consiguen constituirse como verdaderos instrumentos complementarios de protección de necesidades sociales. Las entidades mutuales se definían, a la luz de la legislación mencionada, como asociaciones de previsión de carácter social y benéfico dedicadas a proteger a sus asociados, financiándose mediante aportaciones

⁴⁴¹ A decir verdad, éstas, especialmente las que complementan la prestación de Incapacidad Temporal, han sido las que han tenido mayor presencia en la negociación colectiva. *Cfr.* CASAS BAHAMONDE, M.^a E.: *Autonomía colectiva...*, *op. cit.*, pp. 258-267; GALLARDO MOYA, R.: “Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, pp. 472-487 y GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de...*, *op. cit.*, pp. 195-213.

⁴⁴² En todo caso, conviene decir que estos instrumentos no siempre cumplen una función de complementariedad, sino que para ciertos colectivos puede ser un sistema de previsión básico o, en ocasiones, pueden cubrir riesgos ajenos por completo a la Seguridad Social (MALDONADO MOLINA, F. J.: *Las Mutualidades de previsión social...*, *op. cit.*, p. 464).

⁴⁴³ AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social...*, *op. cit.*, p. 218.

⁴⁴⁴ Sobre esta caracterización, véase ALMANSA PASTOR, J. M.: “Mutualidades de Previsión Social y...”, *op. cit.*, pp. 21-31.

directas de éstos. Sin embargo, tras la aprobación de la Ley 33/1984 de Ordenación del Seguro Privado, derogada posteriormente por la Ley 30/1995, ese tradicional esquema representado por el carácter benéfico de sus objetivos con exclusión del ánimo de lucro y su alejamiento de las leyes de seguro, se ve modificado por las normas citadas que someten a las Mutualidades al régimen general de los seguros privados. Y así, con la aprobación de la Ley 33/1984 se inició la incorporación de las Mutualidades de previsión social a la normativa aseguradora, de modo que se produce su definitiva separación del régimen específico que le era propio de acuerdo con la función social que atendían y “que hasta 1984 se había considerado incompatible con la actividad aseguradora desarrollada por las sociedades de seguros”⁴⁴⁵. Esa caracterización se mantiene con la Ley 30/1995 y luego con la aprobación del TRLOSSP donde se advierte que su objeto social será exclusivamente la práctica de las operaciones de seguro (art. 64.2).

Pese al sometimiento de estos mecanismos a la legislación aseguradora, cabe subrayar los elementos diferenciadores entre las Mutualidades de previsión social y los seguros privados, ya que pese a que las primeras están integradas en el ámbito asegurador no dejan por ello de poseer una serie de peculiaridades que les convierten en un instrumento singular en el marco de la protección de los riesgos sociales. Y así, el primer aspecto a destacar de estos mecanismos frente a los seguros privados es el principio de solidaridad que rige en las Mutualidades de previsión social. Conforme a este concepto de ayuda mutua estas entidades atienden un beneficio de utilidad social o colectivo, el del conjunto de sus asociados, descartándose la búsqueda de un beneficio individual de la entidad, como en el caso de las aseguradoras. Este principio de solidaridad se ve reforzado por el hecho de que en la Mutualidad los intereses de las partes no están contrapuestos, a diferencia del seguro mercantil que se caracteriza por ser una relación bilateral de cambio. Asimismo, y como consecuencia del principio de solidaridad, otra de las diferencias de las Mutualidades con respecto a los seguros es la ausencia de ánimo de lucro en la actividad desarrollada por aquéllas. Así, las Mutualidades no tienen como objetivo la obtención de ningún beneficio económico, de modo que los asociados se incorporan a la misma conscientes de la realización de un sacrificio o ayuda mutua en lo que al reparto de la siniestralidad se refiere y los excedentes que se produzcan por una gestión eficaz de los recursos invertidos revertirán en el conjunto de la Mutualidad, pudiéndose destinarse a incrementar las prestaciones del conjunto de los asociados. Por otro lado, las Mutualidades se caracterizan por la relación estatutaria que

⁴⁴⁵ MOLINA GARCÍA, M.: “Las Mutualidades de Previsión Social en la nueva Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Aspectos procesales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 77, 1996, p. 496.

tienen con sus socios, frente a la relación meramente contractual de los clientes con las aseguradoras, de modo que los derechos y obligaciones del mutualista asegurado se contienen en los Estatutos o Reglamentos de Prestaciones de la Mutualidad. Finalmente, cabe destacar el principio de autogestión en el modo en que las entidades mutuales se organizan. Así, son los propios asociados los que democráticamente asumen la gestión, a diferencia del seguro privado en el que es un sujeto distinto a los asegurados el que organiza y gobierna el sistema de seguro.

Configuradas de este modo las Mutualidades, como entidades que operan en el ámbito asegurador pero que presentan un conjunto de cualidades específicas –carácter asociativo, ausencia de ánimo de lucro, igualdad de derechos y obligaciones para todos los socios, identidad socio-asegurado, voluntariedad en la afiliación y autogobierno democrático⁴⁴⁶– nos interesa destacar aquí su potencialidad como instrumento de previsión social empresarial, y particularmente su relación con el resto de las técnicas de protección social complementaria, señaladamente con los planes y fondos de pensiones. Pero antes, se hace necesario recordar la existencia de dos etapas claramente diferenciadas en el papel a jugar por estos mecanismos en el ámbito de la previsión social voluntaria.

Y así, la aprobación de la Ley 8/1987 marca una primera fase para las Mutualidades en su posible función de instrumento de previsión de compromisos por pensiones en el ámbito empresarial. En efecto, la Ley reguladora de los planes y fondos de pensiones tuvo una repercusión notable en estas instituciones ya que planteó la posibilidad de que estas entidades pudieran constituirse en fondos de pensiones (disp. trans. 1ª, núm. 1)⁴⁴⁷. Asimismo, de acogerse a la transformación iban a poder gozar de una serie de ventajas fiscales, cuestión ésta que contrastaba con la opción de mantener su condición de entidades de previsión social ya que en este caso tenían un trato fiscal comparativamente limitado con respecto a los fondos de pensiones. En fin, se trataba de un nuevo desafío para las Mutualidades ya que tras su incorporación a la legislación específica del seguro privado entraban ahora en competencia con la figura de los planes y fondos de pensiones y, al mismo tiempo, el legislador favorecía su asimilación como gestores de fondos. Un momento de incertidumbre⁴⁴⁸ que planteaba numerosos interrogantes con respecto al futuro de estas instituciones de previsión social. Finalmente, y a pesar de las ventajas

⁴⁴⁶ A ellas alude el art. 64.3 TRLOSSP.

⁴⁴⁷ Reténgase que se trataba de un momento crucial para las Mutualidades ya que en la fecha de la promulgación de la Ley 8/1987, faltaban menos de dos meses para que finalizara el plazo de adaptación de las entidades de previsión social al texto de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado y al Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el RD 2615/1985, de 4 diciembre (BOE 15 enero 1986) (POMARÓN BAGÜES, J. M.: “Los Planes de Pensiones del sistema...”, *op. cit.*, p. 1129).

⁴⁴⁸ De esta etapa da cuenta RODRÍGUEZ MOLERO, A.: “¿Crisis de las Mutualidades de Previsión Social?”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 1990, pp. 119-128.

fiscales, pocas Mutualidades decidieron efectuar su conversión en fondos de pensiones.

Tras este período plagado de dificultades, se inicia una segunda etapa para las Mutualidades ya que la Ley 30/1995 vino a equiparar la fiscalidad de las aportaciones a una mutualidad de previsión social con las aportaciones a un plan de pensiones, al modificar el artículo 71 de la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, permitiendo, igualmente, una reducción en la base imponible del mutualista por el importe de las aportaciones realizadas. Al mismo tiempo, las aportaciones de la Mutualidad que actúe como sistema alternativo de previsión social a planes de pensiones serán gasto deducible en su impuesto de sociedades y se imputarán al trabajador como rendimiento del trabajo a efectos de la deducción en la base imponible de éste. Junto a este nuevo tratamiento fiscal, las Mutualidades de Previsión Social vuelven a cobrar cierto protagonismo como técnica de instrumentación de compromisos por pensiones, al reconocerse legalmente la posibilidad de que ejerzan el aseguramiento de dichos compromisos, ya actúen o no como mecanismos de previsión social empresarial (disp. adic. 11ª, aptdo 19º Ley 30/1995). En definitiva, el sometimiento del conjunto de las técnicas de previsión social voluntaria a un régimen fiscal similar y el reconocimiento pleno de las Mutualidades como una forma idónea de exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas, han eliminado las dudas que se suscitaban en torno al futuro de estas entidades.

Es indudable, que la potencialidad de las Mutualidades como instrumentos de previsión social no sólo se va a manifestar en la gestión externa de compromisos por pensiones en el marco de las empresas. Su ámbito de actuación dependerá del contenido de las especificaciones de sus Estatutos, de modo que serán sus asociados los que decidirán sus respectivos ámbitos territorial, funcional y personal. Por lo que, como es lógico, la diversidad organizativa puede dar lugar a la agrupación de individuos que no estén incluidos en el ámbito subjetivo de la Seguridad Social o cuya cobertura pública de que disponían es insuficiente y, también, a la constitución de Mutualidades empresariales o de ramas y sectores de actividad⁴⁴⁹. En cualquier caso, tanto si actúan como instrumento de previsión social empresarial como si no, todas ellas van a poder intervenir como mecanismo idóneo de cobertura de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores, ya que aunque no tengan el carácter de empresarial⁴⁵⁰ bastará con que atribuyan la condición de mutualistas a los trabajadores asegurados y emitan la correspondiente póliza de seguro

⁴⁴⁹ SALVADOR PÉREZ, F.: “Las modalidades de previsión social...”, *op. cit.*, p. 523.

⁴⁵⁰ Tienen esta condición “aquellas en que todos sus mutualistas sean empleados, concurriendo como socios protectores o promotores las empresas, instituciones o empresarios individuales en las que presten sus servicios, y las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstas y aquéllos” (aptdo. 1º del art. 26.3 RICP).

(apdo. 3º, art. 26.3 RICP). Por otro lado, cuando se trate de compromisos por pensiones establecidos en acuerdos colectivos de ámbito superior a la empresa, podrán también concurrir como socios protectores o promotores las organizaciones legalmente constituidas que representen a las empresas y trabajadores en el ámbito empresarial (art. 26.3 RICP). Es evidente, que con estas previsiones se va a facilitar enormemente la creación y expansión de las mutualidades como instrumento de previsión social empresarial⁴⁵¹, ya que muchas de estas entidades que no actuaban como tales quedaban fuera al no ser consideradas como vehículo válido de formalización de los compromisos por pensiones. Se recogía, de este modo, la exigencia planteada por el CES de permitir que el conjunto de las Mutualidades de previsión social, fueran empresariales o no, pudieran actuar en el aseguramiento de este tipo de compromisos.⁴⁵²

En cuanto a las características más sobresalientes del régimen jurídico de las Mutualidades en general, recogidas de forma genérica en el Capítulo VII (arts. 64 a 68) del TRLOSSP, conviene destacar el hecho de que puedan operar a prima fija o a prima variable (art. 64); el que la incorporación de los mutualistas a estas entidades sea voluntaria, requiriéndose una declaración individual del solicitante, o bien tener carácter general derivada de acuerdos colectivos adoptados por los órganos representativos de la cooperativa o de los colegios profesionales, salvo oposición expresa del colegiado [art. 64.3.e)]; el carácter indisociable de las condiciones de tomador o asegurado y la de mutualista [art. 64.3.b)], sin perjuicio de que la condición de socio protector de la Mutualidad de previsión social que actúe como instrumento de previsión social empresarial no le impida asumir al mismo tiempo la condición de tomador del seguro (art. 28, párrafo 2º RICP); la igualdad de obligaciones y derechos –políticos, económicos y de información- de todos los mutualistas, sin perjuicio de posibles diferencias en aportaciones y prestaciones que se hayan contemplado estatutariamente [art. 64.3.c)] y el que las Mutualidades de previsión social puedan dar cobertura a riesgos sobre las personas –contingencias de muerte, orfandad, viudedad y jubilación, prestaciones por razón de matrimonio, maternidad, hijos y defunción, operaciones de seguro de accidentes e incapacidad para el

⁴⁵¹ Además hay que añadir el régimen excepcional aplicable a estas mutualidades, a saber: la posibilidad de sustituir la póliza por el reglamento de prestaciones (art. 27.1 RICP) y la opción facultativa de que los trabajadores realicen aportaciones voluntarias (art. 28.2 RICP). *Vid.* VAL TENA, A. L. de: *La exteriorización de los compromisos...*, *op. cit.*, p. 140).

⁴⁵² Con el Proyecto de Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios se restringía y limitaba de forma radical e injustificada el papel que se concedía a las Mutualidades de Previsión Social en la exteriorización e instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas, ya que muchas de estas entidades no cumplían los requisitos impuestos por el art. 64.1 de la Ley 30/1995. Al mismo tiempo, se producía una discriminación de las Mutualidades de Previsión Social frente a los contratos de seguro formalizados con entidades aseguradoras con forma jurídica de sociedad anónima, a los que no se les exige que se dediquen con carácter exclusivo a garantizar pólizas relativas a compromisos por pensiones con los trabajadores.

trabajo, enfermedad, defensa jurídica y asistencia, así como ayudas familiares (art. 65.1)- y sobre las cosas –viviendas y obras de interés social, maquinaria, bienes e instrumentos de trabajo y cosechas (art. 65.2)-, además de poder otorgar prestaciones sociales para colectivos no integrados aún en el sistema de Seguridad Social siempre que cumplan con los requisitos señalados en el párrafo 2º del art. 64.2 TRLOSSP.

En otro orden de cosas, la relación que pueden mantener los Planes y Fondos de Pensiones y las Mutualidades de Previsión como formas de gestión de compromisos por pensiones o, en definitiva, como fórmulas análogas de previsión social voluntaria, es de cierta competitividad a la hora de atraer para sí a socios o partícipes. De esta manera, esa relación conflictiva, si se puede calificar así, se resolvería si ambas tuvieran un ámbito de actuación previamente delimitado y cumplieran funciones específicas e independientes⁴⁵³. Sin embargo, esto no es así, y es que se pueden apuntar una serie de consideraciones que permiten obtener como conclusión el que el legislador trata de hacer más favorable la opción de los planes que el de las Mutualidades. En primer lugar, no se ha resuelto del todo el trato fiscal discriminatorio que sufren las Entidades de Previsión social con respecto a los fondos, los cuales, “tributan por el tipo de gravamen 0 en el Impuesto de Sociedades, reconociéndosele además el derecho a la devolución de las retenciones practicadas sobre los rendimientos del capital mobiliario, se autoriza a los organismos y empresas públicas a destinar recursos de sus presupuestos a la dotación de fondos de pensiones en favor de sus empleados, pero no para constituir fórmulas de previsión complementaria no lucrativa y las leyes declaran exceptuada de las reglas anticúmulo establecidas para las pensiones públicas a las complementarias derivadas de Fondos, pero no a las reconocidas por mutualidades”⁴⁵⁴. En segundo lugar, las Mutualidades se ven constreñidas a un marco regulador como es el del seguro privado, sometiéndolas a un ordenamiento económico y financiero delimitado, pasando de un sistema de reparto en su financiación, a otro de capitalización. Poseen, en definitiva, unas características propias –ausencia

⁴⁵³ Reténgase que se trata de técnicas que aún cuando intervienen en el mismo ámbito – el de la protección complementaria y/o suplementaria de los riesgos sociales- y presentan elementos coincidentes –su carácter colectivo y la intervención de los sujetos protegidos en la gestión de los recursos, en los planes de pensiones del sistema de empleo, así como un idéntico sistema de financiación-, ambos instrumentos presentan diferencias notables: la mayor amplitud de las situaciones de necesidad que pueden ser objeto de cobertura a través de una Mutualidad, la distintas formas de estructuración orgánica y participación de los interesados y, finalmente, los requisitos de disponibilidad de las aportaciones realizadas en uno u otro sistema. Sobre estos elementos diferenciadores, véase CARCELÉN CONESA, J. M.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 43-46; AVALOS MUÑOZ, L. M.: “El mutualismo de previsión social en España”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1990, pp. 116-117; BARCELÓ RICO-AVELLÓ, G. y AVALOS MUÑOZ, L. M.: *Previsión social...*, *op. cit.*, pp. 125-126; CASTRO ARGUELLES, M.ª A.: “El papel de los Planes...”, *op. cit.*, pp. 496-498 y ROMERO BURILLO, A. M.ª: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 213-218.

⁴⁵⁴ GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Comentarios a la nueva legislación...”, *op. cit.*, pp. 56-57.

de ánimo de lucro y relación estatutaria entre los mutualistas y la mutualidad- que le otorgan cierta singularidad en el panorama de los seguros. En tercer lugar, hay que hacer notar el trato preferencial dado por el legislador a los fondos de pensiones como instrumentos más idóneos para gestionar pensiones y obtener rentabilidad. Cuestión esta que se explica, desde la finalidad de la Ley 8/1987 que “frente a una organización que pretende ser democrática –como las de las mutualidades, en sus distintas modalidades, o las cooperativas de seguros-, la ley de planes de pensiones ha potenciado un organicismo de terceros, ya que al privar de personalidad jurídica a los planes y a los fondos de pensiones, considera que los grupos de personas que participan en ellos y que son titulares de los bienes patrimoniales que aportan están incapacitados para administrarse, y por ello su capacidad de obrar se confía a la tutela de terceros (depositario y entidades gestoras)”⁴⁵⁵.

C) Contratos de seguros

Una última modalidad de protección social voluntaria es la constituida por el contrato de seguro. En realidad, pese a que a las entidades aseguradoras no se les reconoce legalmente la condición de instituciones de previsión, éstas han terminado por ejercer una función de complementariedad de la Seguridad Social⁴⁵⁶ mediante determinadas operaciones de seguro que cubren contingencias protegidas por la Seguridad Social o, incluso, otorgando una cobertura a situaciones de necesidad no previstas en el ámbito objetivo del sistema público y obligatorio. El artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato del seguro⁴⁵⁷ (en adelante, LCS) lo define como aquél en “el que el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

De acuerdo con la LCS los seguros pueden ser de daños o de personas, pudiendo ser estos últimos de enfermedad, accidente, asistencia sanitaria o de vida. De esta forma, estos seguros pueden ser contratados de forma aislada o individual, o de forma colectiva, es decir, el contrato de seguro podrá celebrarse “con referencia a una persona o a un grupo de ellas” (art. 81). En el caso de concertarse un seguro colectivo, el riesgo asegurable no será “el que singularmente cada persona asegurada soporta como posibilidad de que se actualice alguna de las situaciones protegidas, no lo constituye la simple adición de singulares riesgos, sino el conjunto, la

⁴⁵⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Delimitación y notas características de los planes de pensiones”, en VV. AA.: *Régimen Jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2.ª ed., 1989, pp. 19-20.

⁴⁵⁶ BARCELÓ RICO-AVELLÓ, G. y AVALOS MUÑOZ, L. M.: *Previsión social...*, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁵⁷ BOE 17 octubre 1980.

resultante, de las que puedan afectar al colectivo asegurado en su consideración de riesgo único...⁴⁵⁸. De esta manera el grupo ha de ostentar alguna característica común que lo caracterice como tal. Y un ejemplo de ello son los contratos colectivos de vida celebrados en el seno de las empresas.

De modo que el ámbito de actuación de los seguros en lo que a la protección social voluntaria se refiere abarcará dos grupos de medidas: por un lado, las que con carácter individual quieran otorgarse los individuos a través de la modalidad de seguros individuales existentes en el mercado y que se configuran en base a las aportaciones que el individuo realiza por su cuenta y autónomamente; y, por otro lado, aquellas que tienen naturaleza colectiva dado que la póliza atiende a un grupo asegurable, entre los que se encuentran los formados por personas dependientes de una empresa o de un conjunto de empresas.

Precisamente, es esta modalidad de seguro, el colectivo del ramo de vida, el que puede instrumentar compromisos por pensiones en las empresas junto con los planes de pensiones⁴⁵⁹. En efecto, en lo que respecta al contrato de seguro, la disp. adic. 1ª TRLPFP exige que éste reúna una serie de requisitos, entre otros, “revestir la forma de seguros colectivos sobre la vida, en los que la condición de asegurado corresponderá al trabajador y la de beneficiario a las personas en cuyo favor se generen las pensiones según los compromisos asumidos”. Los contratos colectivos, o seguros de grupo, son los que se caracterizan por agrupar en una misma póliza a una colectividad unida por un vínculo distinto al de asegurarse, de modo que el asegurador, a la hora de realizar el contrato de seguro, “tiene en cuenta no sólo las circunstancias de riesgo que afectan a cada uno de los asegurados, sino las que concurren en el conjunto de personas que lo componen”⁴⁶⁰. Así, su estructura jurídica atiende dos aspectos: en primer lugar, su causa está asociada a un contrato único celebrado por un sólo tomador que actúa por cuenta ajena, en interés de las personas que forman el grupo asegurable y, en segundo lugar, de esa causa única nace un conjunto múltiple de relaciones aseguradoras entre el asegurador y cada una de las personas del grupo, con un contenido asimétrico⁴⁶¹. Como ya se ha dicho, entre los grupos asegurables cabe mencionar a los formados por personas de una misma empresa o de un conjunto de empresas, de manera que en este supuesto el seguro colectivo de vida consistirá en una póliza

⁴⁵⁸ YANINI BAEZA, J.: “La Seguridad Social complementaria...”, *op. cit.*, pp. 968-969.

⁴⁵⁹ “Los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, podrán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante uno o varios contratos de seguro” (art. 26.1 RICP).

⁴⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1991, p. 589.

⁴⁶¹ TAPIA HERMIDA, A. J.: *Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, Cizur Menor, Aranzadi, 1.ª ed., 2006, p. 245.

única en la que se instrumenta la cobertura de uno o varios riesgos que afectan a una pluralidad de personas, y en la que el tomador actuará como representante indirecto de los asegurados, siendo los riesgos asegurables, principalmente, los de muerte y supervivencia, aunque también puede cubrirse como complementarios la invalidez permanente o la incapacidad temporal.

La potencialidad de los seguros colectivos de vida en el marco de la protección social complementaria en las empresas no se circunscribe únicamente a la exteriorización obligatoria de los compromisos por pensiones a los que alude el TRLPFP, ya que se mantiene intacta la posibilidad de que las mejoras voluntarias de prestaciones temporales (incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y desempleo, entre otras) puedan ser objeto de un aseguramiento mercantil según la opción contenida en el art. 193.1 LGSS. De hecho la modalidad del seguro colectivo de personas ha estado presente en el ámbito laboral incorporándose a un importante porcentaje de convenios colectivos que incluyen entre sus cláusulas la obligación del empresario de concertar un seguro de vida o de accidentes, siendo lo más habitual recurrir a la modalidad del seguro colectivo⁴⁶².

Por otro lado, hay que decir que el art. 26.2 RICP permite también la celebración de contratos de seguros colectivos de accidentes o enfermedad para la cobertura de la invalidez o fallecimiento derivadas de compromisos empresariales que otorguen estas prestaciones. De este modo, junto a los seguros colectivos de vida a los que hace referencia la disp. adic. 1ª TRLPFP como única forma de instrumentar compromisos por pensiones, además de los planes de pensiones, el RICP ha querido incorporar los seguros de accidentes o enfermedad al ámbito de la previsión social de la empresa y atender, de esta forma, la práctica comercial bastante extendida en el ámbito empresarial de concertar seguros de accidentes⁴⁶³.

Finalmente, hay que recordar que los planes de pensiones guardan una gran similitud con los contratos colectivos de seguro privado. Unas conexiones que se manifiestan en los riesgos asegurables, en la instrumentación técnica y en la identidad de actividad⁴⁶⁴. De hecho, el propio Tribunal Constitucional aún consciente de la dificultad de calificar a los planes de pensiones como contratos de seguro puesto que en ellos no se daban los rasgos típicos de las operaciones de aseguramiento mercantil prefirió situarlos en el ámbito competencial de aquéllos porque, entendía, se daban ciertas similitudes en cuanto a la técnica y al sistema económico

⁴⁶² YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social...*, op. cit., p. 52.

⁴⁶³ YANINI BAEZA, J.: "Algunas consideraciones sobre los compromisos por pensiones instrumentados con el seguro colectivo de vida", en VV. AA.: *Los planes de pensiones en el sistema...*, op. cit., p. 458.

⁴⁶⁴ Sobre esta cuestión, ampliamente en MANSILLA, F.: "Fondos de pensiones y seguro", en VV. AA.: *Régimen jurídico de los Planes...*, op. cit., pp. 180-191.

subyacente en estos instrumentos⁴⁶⁵. Pese a esta analogía evidente entre los planes de pensiones y el contrato de seguro, ya que en ambos está presente la idea de asegurar un desplazamiento patrimonial en favor del beneficiario cuando ocurra el hecho previsto como contingencia, no cabe realizar una equiparación plena de ambas figuras. Dos razones, entre otras, avalarían esta consideración: la primera, relativa a la ausencia, para el caso de los planes de pensiones, de la figura del asegurador que satisfaga la prestación asegurada y, por otro lado, la inexistencia, también en el supuesto de los planes, de un derecho de rescate propiamente dicho.

Así, la falta de un sujeto reconocible como asegurador es una consecuencia de la ausencia de personalidad jurídica predicable, por un lado, de los fondos de pensiones y, por otro, del conjunto de los partícipes como titulares de los recursos patrimoniales. Y así, corresponde a estos últimos, en ausencia de una entidad que asuma los riesgos de las inversiones, asumir el riesgo de la actividad financiera del plan. En lo que a la inexistencia de un derecho de rescate en el ámbito de los Planes se refiere, cabe matizar que excepcionalmente el art. 8.8 LPFP permite a los partícipes hacer efectivos sus derechos consolidados en los supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave. Se trata, por tanto, de una excepción a la regla general consistente en que la efectividad del derecho consolidado se realiza con la actualización de las contingencias legalmente previstas. De modo que, la excepcionalidad que caracteriza el derecho de rescate de los derechos consolidados de un partícipe en un Plan de Pensiones contrasta de forma palpable con el régimen previsto para los contratos de seguros de vida, ya que en estos últimos el asegurado puede no

⁴⁶⁵ “El ámbito material más directamente implicado en los planes de pensiones por su finalidad y estructura es, por un lado, el mercantil, respecto del cual el Estado es competente para establecer su legislación (art. 149.1.6 CE), en cuanto se trata de regular el contenido obligaciones de un contrato de esa naturaleza, y, por el otro, el de los seguros” [STC 206/1997, de 27 de noviembre (FJ 7)]. De hecho, hoy la disp. final 4ª TRLPFP reconoce que las “disposiciones contenidas en la presente en la Ley, y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, que sean complemento indispensable de la misma para garantizar los objetivos de ordenación y completar la regulación por ella definida, tiene la consideración de ordenación básica de la banca y los seguros, y de bases de la planificación general de la actividad económica, con arreglo al artículo 149.1.11.8 y 13.8 de la Constitución, salvo las siguientes materias, que se consideran competencia exclusiva del Estado:

- A) Con arreglo al artículo 149.1.6.8 de la Constitución, se consideran legislación mercantil las materias reguladas en:
 - a) Los capítulos I y II, salvo el artículo 7.
 - b) Los apartados 3 a 10 del artículo 8.
 - c) Disposiciones adicionales primera, tercera y cuarta.
 - d) Disposiciones transitorias primer , segunda y cuarta, así como la transitoria quinta, salvo los párrafos tercero y cuarto del apartado 5 y apartados 7 y 8.
- B) Con arreglo al artículo 149.1.14.8 de la Constitución, se consideran legislación de Hacienda General las materias reguladas en:
 - a) El capítulo VIII.
 - b) Los párrafos tercero y cuarto del apartado 5, y apartados 7 y 8 de la disposición transitoria quinta.
 - c) Disposiciones transitorias primera, sexta y séptima.
 - d) Disposiciones finales primera y segunda.

seguir con el contrato y recibir una compensación por las primas pagadas, es decir, puede solicitar las cantidades abonadas según el tiempo transcurrido y conforme a la tabla de valores prevista en la póliza (art. 96 LCS).

En todo caso, no cabe desdeñar las similitudes entre ambas formas de protección social voluntaria y, de forma especial, la relación de complementariedad que pueden tener ambas figuras, sobre todo en la instrumentación de los compromisos por pensiones en el marco empresarial. Precisamente, este último aspecto se manifiesta en las interferencias de la normativa del seguro privado en la regulación de los planes y fondos de pensiones, como en la interrelación en la actuación de uno y otro mecanismo⁴⁶⁶. Un ejemplo de esa interacción está constituida por la previsión contenida en el art. 8.2 TRLPFP consistente en la posibilidad de que el plan pueda prever la contratación de seguros u otras garantías para la cobertura de riesgos determinados o para asegurar las prestaciones. Por tanto, junto a los instrumentos de aseguramiento interno de los compromisos asumidos en los planes⁴⁶⁷, el TRLPFP prevé igualmente la opción facultativa del aseguramiento externo, en cuyo seno cabe reconocer al contrato de seguro. Por otro lado, cabe recordar, como segunda manifestación de la posible interacción entre planes de pensiones y seguros, el hecho de que ambos puedan servir de forma conjunta como vehículos de instrumentación de compromisos por pensiones en el ámbito empresarial. Así se prevé en la disp. adic. 1ª TRLPFP y el art. 2.1 RICP en los que se admite la posibilidad de utilizar conjuntamente los dos instrumentos, planes de pensiones y contrato de seguro, lo que, en todo caso, será posible únicamente respetando el principio de discriminación previsto en el art. 5 TRLPFP. De modo que si la empresa obligada a exteriorizar sus compromisos por pensiones decide hacerlo vía plan de pensiones deberá garantizar el acceso a todos los trabajadores con, al menos, dos años de antigüedad. Dicho lo cual, cabe imaginar, teniendo en cuenta el principio de no discriminación, dos opciones de simultanear la figura de los planes con el contrato de seguro: la primera, en la que el contrato de seguro, garantizado el principio de discriminación, atenderían a los colectivos que no alcanzan la antigüedad mínima necesaria para adquirir la condición de partícipes del plan y, la segunda, cuando el contrato de seguro se haya concertado para dar cobertura a prestaciones no garantizadas a través del plan de pensiones.

⁴⁶⁶ CASTRO ARGÜELLES, M.ª A.: “El papel de los planes y fondos de pensiones...”, *op. cit.*, p. 494.

⁴⁶⁷ Los párrafos 1º y 2º del art. 8.1 TRLPFP aluden a que los sistemas financieros y actuariales que en los que se instrumentan los planes deberán implicar la formación de fondos de capitalización, provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas suficientes para el conjunto de los compromisos del plan de pensiones. Asimismo, deberá constituirse un margen de solvencia mediante las reservas patrimoniales necesarias para compensar las eventuales desviaciones que por cualquier causa pudieran presentarse.

Este último aspecto, el relativo a las conexiones entre los planes y los seguros, pone de manifiesto como desde el punto de vista funcional la ordenación jurídica de los planes de pensiones se sitúa en un ámbito intermedio entre el Sistema Público de Pensiones y del Derecho de Seguros, de modo que se puede inferir de la estructura jurídica del aseguramiento como del conjunto de los elementos personales que intervienen en ambas técnicas de protección unas semejanzas evidentes. Precisamente, de esta asimilación entre ambas formas de protección como de la interacción en las funciones encomendadas en la instrumentación de los compromisos por pensiones en el marco empresarial se puede confirmar la tendencia del “Derecho de Previsión Social a impregnarse, cada vez más, pues, del Derecho Privado clásico, a cuyas construcciones habrá de acudir con cierta frecuencia para comprender la estructura y funcionamiento del Sistema”⁴⁶⁸.

3.6. El modelo legal pluralista de protección social voluntaria y el papel específico del sistema de planes y fondos de pensiones

Llegados a este punto es el momento de enunciar las características básicas del modelo de protección social voluntaria, haciendo especial referencia al sistema de planes y fondos de pensiones. En definitiva, se trata de describir brevemente el conjunto de las líneas de tendencia que han determinado la actual configuración institucional de los planes y fondos de pensiones en el marco de la protección social en general.

Y así, interesa destacar, en primer lugar, que los planes y fondos de pensiones se enmarcan en un modelo legal de protección complementaria pluralista compuesto de muy variados instrumentos (Mejoras Voluntarias, Mutualidades, Fundaciones Laborales y Contratos de Seguros). Son fórmulas de previsión voluntaria que encuentran su razón de ser en la libertad de complementación de las prestaciones de la Seguridad Social garantizada por el art. 41 CE. Son mecanismos caracterizados por una acusada dispersión normativa e institucional y por su especial heterogeneidad, de ahí que se pueda decir de todos ellos que conforman un auténtico “polisistema”⁴⁶⁹, donde resulta altamente complicado identificar una norma conformadora de todos ellos. En realidad, difícilmente pueden constituir un sistema coherente y altamente estructurado al modo de la Seguridad Social pública. Frente al sistema público de protección social

⁴⁶⁸ Sobre este aspecto, ampliamente en MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 8 del TRLRFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 283-321.

⁴⁶⁹ Considera MONEREO PÉREZ que el “campo de la previsión complementaria se estructura más bien en micro-sistemas (conjuntos de reglas de Derecho o normas jurídicas que se crean para particulares instituciones o clases de relaciones y que reflejan muy directamente el agitarse de una multiplicidad de intereses de los grupos; microsistemas que se pueden concebir como estatutos previsores de grupos)” (“Los planes de pensiones en el...”, *op. cit.*, p. 88).

que constituye inexcusablemente un sistema de carácter general y universal y que está organizado en función de unos principios básicos, el sistema privado de pensiones es fruto de esfuerzos de previsión voluntarios de muy diversa índole difícilmente reconducibles a la unidad⁴⁷⁰. E, incluso, cada uno de los componentes del sistema previsor voluntario está ordenado por un régimen jurídico propio, claramente diferenciado del resto de instrumentos de protección, lo que hace que cada uno de ellos sea un orden previsor singular dotado de una lógica interna privada y contractual.

En todo caso, el hecho de que, por definición, los componentes del modelo pluralista de previsión social voluntaria no atiendan a un sistema jurídico unitario, no ha impedido que en el diseño del nuevo sistema global de pensiones, especialmente a nivel europeo, se hayan podido identificar dos niveles de protección: uno, de carácter privado y profesional, vinculado al ámbito laboral y financiado básicamente por la empresa y sus trabajadores y otro también privado y voluntario, pero financiado individualmente⁴⁷¹. De modo que de acuerdo con esta clasificación los mecanismos de previsión voluntarios se integrarían en uno u otro nivel en función del ámbito subjetivo al que den cobertura –colectivo-profesional o individual- y del modo de financiar el sistema de protección elegido –aportaciones empresariales y, eventualmente, de trabajadores o fruto del ahorro individual-. En el caso de los planes de pensiones, esta estructuración por pilares tiene acogida en el propio sistema normativo, tanto en el TRLFPF como expresamente en el RFPF, a través de la diferenciación de planes: los del sistema de empleo –segundo pilar, que hace referencia a la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores- y los del sistema individual o asociado –

⁴⁷⁰ Como indica GARCIA MURCIA “los mecanismos de carácter privado son por definición mecanismos voluntarios, por lo que difícilmente van a llegar al conjunto de la misma” (“El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 202).

⁴⁷¹ Se trata de una clasificación de carácter económica que se ha extendido en los países de Europa Occidental y que configura la previsión social en tres pilares de protección: un primer pilar básico y asistencial, financiado directamente por el Estado a través de sus presupuestos generales que alcance a toda la población; un segundo pilar sólo para los trabajadores, financiado básicamente mediante contribuciones de los propios trabajadores y de sus empresas y, finalmente, un tercer pilar privado y voluntario, complementario a los dos anteriores, financiado individualmente por los ciudadanos. Así, como indica SANZ ARNAL, “el segundo pilar, el financiado por los trabajadores y sus empresas, suele ser público y obligatorio en los países del Sur de Europa (Francia, España, Italia, etc.) y privado y voluntario en los países de Centroeuropa y anglosajones. En el primer caso, su sistema de financiación, salvo alguna excepción, es el de reparto y, en el segundo, se utiliza el sistema de capitalización. El primer pilar, básico y asistencial, siempre se financia por reparto y el tercero, privado y voluntario, por capitalización” (“Sistemas de previsión social complementaria”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 56, 1996, p. 53). En la Comunicación de la Comisión al Consejo sobre “Sistemas complementarios de seguridad social: El papel de los sistemas de jubilación profesionales en la protección social de los trabajadores y sus implicaciones para la libre circulación” [SEC (91) 1332 final, 6 septiembre 1991] se distinguen tres pilares en las rentas de jubilación: el primero, representa los sistemas de jubilación obligatorios; el segundo, los sistemas de jubilación profesionales y el tercero, el convenio de jubilación individual a través del ahorro y los contratos de seguro de vida, así como inversiones en activos inmobiliarios y propiedades.

tercer pilar, que canaliza decisiones individuales e independientes de ahorro finalista-. Igualmente, los fondos de pensiones que sirven al exclusivo objeto de dar cumplimiento a los planes de pensiones, se clasifican según el citado sistema, dada la diferente naturaleza de sus objetivos, a saber: los fondos de pensiones de empleo (que integran planes de pensiones de empleo del segundo pilar) y los fondos de pensiones personales (que acogen planes de pensiones individuales y asociados del tercer pilar).

En segundo lugar, y una vez identificado el marco de referencia de los planes y fondos de pensiones, el del sistema pluralista de previsión social voluntaria, es necesario determinar el elemento funcional dominante en el variado conjunto de sus instrumentos, y muy especialmente de la figura jurídica de los planes. Y así, la realidad es que pese a que se puede advertir una diversidad de posibles funciones a desarrollar por los mecanismos de previsión voluntarios⁴⁷², cabe reconocer, en general, su vinculación funcional al sistema público de Seguridad Social⁴⁷³. De hecho, las técnicas de previsión social voluntaria se han desarrollado en conexión con el sistema de previsión de carácter público, como complemento del mismo⁴⁷⁴. El caso de las mejoras voluntarias ha sido el más significativo ya que en su concepción inicial su régimen jurídico regulador les otorgaba una función de complementariedad estricta consistente en incrementar las prestaciones legales o, en definitiva, ser prolongaciones cuantitativas de las mismas⁴⁷⁵. También cabe decir lo mismo de las Mutualidades de Previsión Social como medio de gestión de mejoras voluntarias directas.

En general, por tanto, se puede afirmar que el papel a desempeñar por las técnicas de protección social voluntaria ha estado unido a la noción jurídica de Seguridad Social y al espacio ocupado por el sistema público de protección, de modo que los regímenes complementarios privados de pensiones han encontrado su razón de ser, su fundamento, en un vacío o insuficiencia en la cobertura del sistema público⁴⁷⁶. La protección otorgada por los mecanismos voluntarios atiende, como lo hace la Seguridad Social, a las situaciones de necesidad que se les plantean a los ciudadanos. Esta identidad de objeto se manifiesta especialmente en la necesidad que tienen los individuos de asegurarse la mayor correspondencia posible entre la

⁴⁷² De ellas da buena cuenta ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 25-35.

⁴⁷³ Así lo reconocen SALVADOR PÉREZ, F.: "Las modalidades de previsión social...", *op. cit.*, p. 528; GARCIA MURCIA, J.: "El espacio de las pensiones...", *op. cit.*, p. 200 y MONEREO PÉREZ, J. L.: "El marco de referencia: los Planes de Pensiones...", *op. cit.*, p. 10.

⁴⁷⁴ GARCIA MURCIA, J.: "El espacio de las pensiones...", *op. cit.*, p. 200.

⁴⁷⁵ De algún modo, esta interpretación estricta del concepto de complementariedad venía sugerida por el propio nombre de la institución. No se trata, parece indicar la denominación "mejoras voluntarias de Seguridad Social", de crear prestaciones independientes de las legales, sino de canalizar todos los esfuerzos voluntarios hacia la mejoría de las prestaciones básicas ya existentes. *Vid.* MARTIN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Los planes de pensiones en el...", *op. cit.*, p. 121.

pensión y la renta de trabajo anterior. De modo que es lógico pensar que el campo de actuación de las fórmulas voluntarias de previsión se determine en función de la pensión “estándar” dispensada por el régimen público general, lo que al mismo tiempo permitirá acercarse a ese óptimo de cobertura de aproximación o equivalencia entre la renta laboral anterior y la cuantía efectiva de las pensiones⁴⁷⁷. Cabe reconocer, por tanto, la existencia de una relación de dependencia entre el sistema público y el voluntario – hoy claramente privatizado- en el que la mayor expansión y desarrollo del segundo dependa de la intensidad de protección/nivel de cobertura del primero. Esta relación de intercambiabilidad/sustitibilidad⁴⁷⁸ se hizo más evidente a partir de las reformas de las pensiones ya comentadas, que dieron lugar a un recorte del estándar de cobertura de protección de las pensiones públicas y, sobre todo, a partir de la conformación del modelo legal de planes y fondos de pensiones, dado que con estas figuras –también con los seguros privados y las entidades de previsión social- se pretendía paliar las incertidumbres del sistema público de previsión, pero también consolidar un marco empresarial privado de protección que garantizara la efectiva percepción de las prestaciones comprometidas.

Precisamente, esa relación comentada ha intensificado el papel de los instrumentos de previsión voluntarios como técnicas de complementariedad o suplementariedad y no sustitubilidad de las prestaciones satisfechas por el sistema público. De complementariedad o suplementariedad, porque se parte de la existencia de un sistema básico de protección al que el mecanismo privado trata de mejorar actuando sobre la intensidad de las prestaciones dispensadas por el sistema público o mejorando la extensión de su acción protectora. Esto es claro en el supuesto de los planes de pensiones del sistema de empleo al intervenir, en la mayor parte de los casos, sobre colectivos incluidos en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, siendo la finalidad del sistema-plan perfeccionar las prestaciones garantizadas por el sistema previsor público y obligatorio⁴⁷⁹. Al mismo tiempo, la protección complementaria otorgada por los sistemas privados de pensiones no puede ser sustitutiva de la ofrecida por la Seguridad Social. Los regímenes de previsión voluntarios no pueden invadir el espacio vital

⁴⁷⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Pensiones contributivas...”, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁷⁸ Expresión de MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los planes de pensiones en el...”, *op. cit.*, pág. 121. Valga también para este caso la de los “vasos comunicantes” acuñada por VILLA GIL, L. E. de la: “Estudio Preliminar”, en *Pensiones privadas. Planes y Fondos...*, *op. cit.*, p. XXXIII.

⁴⁷⁹ Puede resultar apropiado *hic et nunc* recordar como CARNELUTTI acotaba la noción de complementariedad predicable de las instituciones jurídicas. Y así, sostenía que “dos entes se complementan cuando, según lo previsto en el desarrollo de la situación que están comprendidos, en un hecho determinado (previsión que se funda en las reglas de la experiencia), son *aptos para combinarse en una nueva situación causalmente ligada a la situación precedente*. La llave y la cerradura, la pluma y la tinta, el fusil y el proyectil, muestran entre sí una relación de este género; igualmente el hombre o el animal y el alimento que lo puede saciar, o el arma que lo puede herir” (*Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, Edición y Estudio Preliminar sobre “La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti” a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2003, pp. 23-24).

reservado para el sistema público de protección. El art. 1.2 TRLPFP reitera este carácter no sustitutivo y normalmente complementario de las prestaciones garantizadas a través de planes privados de pensiones.

En este sentido, y ahondando aún más en las conexiones entre los regímenes públicos de protección y los voluntarios de carácter privado, interesa destacar aquí que cobra mayor fuerza la idea de la interrelación entre los dos sistemas, público y privado, trasladándose este aspecto a la propia configuración del modelo de protección social global. Esta cuestión, la de la transformación del sistema de pensiones en un sistema mixto, no hace sino subrayar todavía más la relación de mutua influencia entre ambos regímenes de previsión. Y así parece que se impone en el diseño global del sistema de previsión “una referencia conjunta a la protección social pública y a la protección social privada, como modo de aunar las dos finalidades prioritarias en el Estado del bienestar, a saber, la perpetuación de un nivel público en régimen de reparto y la conformación de un nivel privado en régimen de capitalización”⁴⁸⁰. De este modo, la reformulación de los sistemas de pensiones debe atribuir a los instrumentos de previsión voluntaria de carácter privado un papel más integrativo en el cuadro protector global, el cuál se haya estructurado hoy en dos pilares fundamentales e interdependientes: el primero, de carácter público, obligatorio, mínimo, universal y suficiente, con un componente contributivo y otro asistencial; el segundo, complementario y de carácter voluntario, que acoge diferentes técnicas de previsión generalmente privadas.

Por tanto, se asiste hoy al diseño de un sistema de protección social mixto, público y privado, de carácter integrador en el que los planes y fondos de pensiones, junto el resto de los mecanismos de previsión voluntarios, están llamados a jugar un papel fundamental. Ahora bien, el problema con el que se encuentra el legislador es la diversidad de opciones con las que cuenta a la hora de combinar el elemento público y privado de protección⁴⁸¹. Lejos quedan ya las propuestas maximalistas de reforma del sistema de financiación de las pensiones, especialmente las enunciadas en el famoso documento del Banco Mundial Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento

⁴⁸⁰ VILLA GIL, L. E. de la: “El modelo constitucional de protección social” en VV. AA. (Sempere Navarro, A. dir.): *El modelo social en...*, op. cit., p. 86.

⁴⁸¹ La doctrina ya dio buena cuenta de las tres posibles configuraciones de relaciones entre la previsión básica y la complementaria: 1) la primera miraría al optimum y la segunda iría más allá, sin límites, según la disponibilidad y las capacidades individuales y/o colectivas; 2) la básica se estabilizaría dentro de un máximo inferior al optimum y la complementaria colma el espacio restante con la posibilidad de ir más allá, siempre según las capacidades y las disponibilidades; 3) la tarea de alcanzar el optimum se encomendaría a las dos, pero la normativa no favorece una superación de este límite a través del nivel complementario (BALANDI, G. G.: “Reflexiones institucionales sobre previsión social complementaria”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1988, p. 303).

(1994)⁴⁸², de modo que el proceso de reforma social podría adoptar diferentes enfoques en función de la realidad de cada país⁴⁸³, pero, en definitiva, todas las estrategias pasarían por la cooperación entre el sector público y privado en la tarea de garantizar que las personas estén aseguradas públicamente frente a los riesgos previsibles y, al mismo tiempo, hagan también provisión privada para su jubilación⁴⁸⁴. Ello implicaría intensificar la construcción del modelo mixto, público y privado, de protección social⁴⁸⁵, el cuál podría adoptar, a grandes rasgos, el siguiente esquema:

- A) Un nivel de protección mixto e integrado de protección social: contributivo y asistencial, con técnicas de financiación y de gestión adaptadas a las funciones que debe cumplir el poder público, donde la igualdad y la solidaridad social como derechos de desmercantilización sean el objetivo fundamental de las políticas de Seguridad Social.

⁴⁸² Como indica QUEISSER, “en los últimos años, las posiciones de las organizaciones internacionales, especialmente de la OIT y el Banco Mundial han convergido cada vez más. Aún cuando, inicialmente, la discusión sobre las reformas de las pensiones se caracterizó por un vehemente debate con un marcado sesgo ideológico, ambas partes apuntan hoy a un entendimiento mutuo y, en particular, a la coordinación y cooperación en los países donde trabajan. El dogmático enfoque anterior ha cedido el paso a una postura predominantemente pragmática” (“La reforma de las pensiones de jubilación y las organizaciones internacionales: de la crítica a la convergencia”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 2, 2000, p. 51).

⁴⁸³ Para ESPING-ANDERSEN “las estructuras institucionales existentes determinan en gran medida –e incluso es posible que en exceso- las trayectorias nacionales. Más concretamente: los tipos divergentes de regímenes del bienestar que los distintos países construyeron durante las décadas de la posguerra ejercen un efecto duradero y abrumador sobre el tipo de estrategias de adaptación que se pueden seguir y de hecho se siguen” (*Fundamentos sociales de las...*, *op. cit.*, pp. 12-13). Por su parte, BARR considera que la variable clave es un gobierno eficaz, sea cual sea su forma de organización, teniendo en cuenta que no es posible sacar al gobierno del negocio de las pensiones. En todo caso, la amplitud de opciones con que cuentan los países para acometer procesos de reforma social se encuentra limitada por el tipo de sistema de financiación, organización y gestión de las pensiones que hayan podido desarrollar éstos (“Reforma de las pensiones: mitos, verdades y opciones políticas”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 55, núm. 2, 2002, pp. 36-38).

⁴⁸⁴ *Vid.* TREU, T.: “Riforme o destrutturazione del Welfare”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 96, 2002, pp. 553-557. Casi todos los regímenes existentes hoy son de naturaleza mixta y a todos se les presentan diferentes opciones –ampliar la cobertura obligatoria de los regímenes contributivos, promover la cobertura voluntaria de los regímenes contributivos, establecer prestaciones o servicios universales financiados por los presupuestos del Estado, etc.- para garantizar la protección social de sus ciudadanos. Pero, en definitiva, lo que parece una constante en casi todos los países es que ninguna de ellas por sí sola sea el remedio idóneo (BEATTIE, R.: “Protección social para todos, pero ¿cómo?”, *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 119, num. 2, 2000, pp. 141-163).

⁴⁸⁵ Para VILLA GIL, se podrían describir tres posibles modelos según el grado de desidentificación del sistema público como tal. Así, el primero haría del sistema público el principal proveedor de seguridad económica para los ciudadanos, pero se vería sometido a una serie de modificaciones sustanciales en la generosidad de las prestaciones por él dispensadas, reformas en lo cuantitativo que no en sus principios configuradores, preparando al sistema privado de pensiones para que pudiera llevar a cabo la misión retributiva que se le confía. El segundo, se caracterizaría por configurar el sistema público como un sistema de pensiones mínimas, asignando a las pensiones privadas el objetivo de alcanzar o aproximar, sumadas a las de carácter público, el salario de actividad. Finalmente, en el tercer modelo de la protección social se divide en dos grandes bloques, organizando uno de ellos como público y otro como privado, ambos igualmente obligatorios, basado el primero en la solidaridad intergeneracional y soportado el segundo en el ahorro individual capitalizado (“El modelo constitucional de protección...”, *op. cit.*, p. 87).

B) Un sistema de protección social complementaria organizado y tutelado por los poderes públicos, desarrollado bajo el principio de libertad tal y como se prevé en el inciso final del art. 41 CE y con una importante función complementaria y suplementaria a cumplir. Un sistema pluralista –Planes y Fondos de Pensiones, Entidades de Previsión Social y contratos de seguros- que debería reforzar la autonomía profesional –el convenio colectivo- como fuente principal de establecimiento y regulación de los sistemas de previsión privada, garantizar la participación democrática de los interesados en la gestión y, muy especialmente, de las organizaciones sindicales –esto es claro en los Planes de Pensiones- y favorecer que estos instrumentos tiendan a la universalización en su cobertura, haciendo de ellos verdaderos mecanismos de protección social y, no tanto, simples productos financieros de inversión u ahorro puestos a disposición de los ciudadanos de rentas elevadas.

La tercera de las características a destacar en el modelo legal de planes y fondos de pensiones, predicable asimismo del conjunto del sistema de previsión social voluntario, es su naturaleza privada. En efecto, el régimen de pensiones instituido por el TRLPFP tiene carácter privado, y a ello se refiere expresamente el art. 1.2 TRLPFP al considerar que las prestaciones otorgadas por un plan tendrán carácter privado. Pese a que ésta es la única alusión explícita a la naturaleza estrictamente privada de los planes que podemos encontrar en su normativa reguladora, su privaticidad, sin embargo, se obtiene, en general, del régimen jurídico aplicable a estas instituciones de previsión. Así, su naturaleza privada se pone de manifiesto en la forma de su implantación, al ser los planes de pensiones expresión de la autonomía contractual ex art. 1255 CC. También en cuanto a su configuración, la autonomía privada goza de un amplio margen a la hora de determinar su contenido. Como indica el Tribunal Constitucional, la voluntad privada determina –sin agotar el elenco- la existencia misma de un plan de pensiones (art. 1.2 TRLPFP), el círculo de sujetos que se beneficiarán, en su caso, de las prestaciones en ellos establecidas, (arts. 3.2 y 4 TRLPFP) y la propia extensión e intensidad de la tutela dispensada (art. 4.2, en conexión con el art. 6 TRLPFP)⁴⁸⁶. En fin, su financiación, realizada a través de aportaciones particulares y su administración, por medio de entidades externas, confiere a los planes el carácter de instrumentos privados de protección.

Esa naturaleza privada, deducida del régimen jurídico aplicable a los planes, se ve reforzada por el papel que los poderes públicos ejercen sobre esta figura jurídica, limitándose a establecer un marco legal de apoyo

⁴⁸⁶ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 5).

institucional y una actividad de control instrumental⁴⁸⁷. De este modo, al Estado corresponde realizar una función de organización y desarrollo del sistema privado de previsión en garantía de la libertad de complementación de las pensiones públicas del art. 41 CE, pero, en modo alguno, esa función de encauzamiento de los esfuerzos voluntarios de previsión puede suponer para la Administración el asumir algún tipo de responsabilidad patrimonial subsidiaria respecto de los mismos. Así se reconoce expresamente en el art. 11.3 TRLPFP al exonerar de toda responsabilidad patrimonial al Estado respecto a una eventual insolvencia de los fondos de pensiones.

En cualquier caso, lo realmente significativo del otorgamiento de naturaleza privada a los planes y fondos de pensiones y de la eventual exoneración de responsabilidad por parte de la Administración Pública respecto de posibles insuficiencias o situaciones de insolvencia de los fondos, estriba en el hecho de situar a los planes privados de previsión fuera del ámbito institucional del sistema público de pensiones. Con la previsión legal, contenida en el art. 1.2 TRLPFP, en la que se dice expresamente que las prestaciones de los planes “no serán sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas”, se quiere establecer una clara separación entre la acción protectora de los planes, encuadrada en el ordenamiento privado, y la de la Seguridad Social, inserta en el ordenamiento público estatal. Incluso, esa naturaleza estrictamente privada predicable de las prestaciones dispensadas por los planes de pensiones se mantiene intacta aunque las mismas se otorguen en el ámbito de los poderes públicos, ya que conforme a la disp. final 2ª TRLPFP las Administraciones Públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas podrán promover planes de pensiones de empleo y realizar aportaciones a los mismos, así como a contratos de seguros colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, al amparo de la disposición adicional primera de esta Ley, con el fin de instrumentar los compromisos u obligaciones por pensiones vinculados con las contingencias del art. 8.6 de esta Ley referidos a su personal funcionario o laboral o en relación de servicios regulados por normas administrativas estatutarias”. En estos casos, por tanto, las prestaciones abonadas conforme a algunas de las instituciones de previsión social referidas (planes de pensiones, seguros colectivos o Mutualidades de Previsión Social), aún cuando se enmarcan en el ámbito de la acción pública, continuarán ostentando naturaleza privada, ya que conforme al párrafo 3º de la disp. final 2ª TRLPFP, estas prestaciones “no tendrán la consideración de pensiones públicas ni se

⁴⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 154.

computarán a efectos de la limitación del señalamiento inicial o fijación de la cuantía máxima de las pensiones públicas”.

Del mismo modo, el resto de los instrumentos de previsión social voluntaria –seguros colectivos y Mutualidades de previsión social- también participan de esa naturaleza privada predicable de los planes de pensiones. Su origen contractual, su carácter voluntario y, al igual que los planes de pensiones, su administración y gestión privada, así como el encuadramiento de las prestaciones otorgadas por estos mecanismos fuera del ámbito del sistema público de protección, convierten a estas figuras en sistemas autónomos de protección alejados del núcleo heterónimo e imperativo de la Seguridad Social. En todo caso, mención aparte merecen las mejoras voluntarias dado que aún siendo residuales –únicamente caben en el supuesto de que no tengan por objeto la cobertura de compromisos por pensiones ex art. 8.6 TRLFPF- mantendrán su consideración de mejoras integradas en la acción protectora de la Seguridad Social y, por tanto, de Seguridad Social complementaria.

Precisamente, a partir de este carácter estrictamente privado atribuible a los instrumentos de previsión voluntarios, cabe inferir otra de las características fundamentales del sistema legal de los planes y fondos de pensiones: nos referimos a la estructura organizativa y de gestión de estos sistemas. Así, se puede afirmar que una de las notas esenciales de los planes de pensiones es que su gestión se lleva a cabo a través de un organicismo de terceros, ya que al privar de personalidad jurídica a los planes y fondos de pensiones, se elimina la posibilidad de una autoadministración de los interesados, titulares de los recursos patrimoniales, confiando la gestión a la tutela de terceros (entidades gestora y depositaria)⁴⁸⁸. Este modo de organización es consecuencia de la estructura jurídica y de funcionamiento de esta institución, en la que cabe distinguir dos áreas materiales diferenciadas: la de los planes, que consisten en un acuerdo contractual de estructura compleja que tiene como finalidad la percepción por los beneficiarios de unas prestaciones económicas cuando se produzcan los acontecimientos previstos para su percepción; y, la de los fondos de pensiones, que son masas patrimoniales destinadas a gestionar las aportaciones de los diferentes planes, pero no susceptible de confundirse con ellos, de modo que como tales patrimonios instrumentales adquieren autonomía respecto de los planes que se integran en ellos y esa autonomía se manifiesta en diferentes aspectos de su régimen jurídico⁴⁸⁹. El más importante quizás es que la gestión y la administración así como su responsabilidad se separa de la entidad promotora y sus partícipes.

De esta forma, de la caracterización de la figura de los fondos de pensiones, conectados instrumentalmente con los planes, se extrae el

⁴⁸⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Delimitación y notas características de...”, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴⁸⁹ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 4).

complejo entramado de instituciones que participan en su funcionamiento y supervisión. Por un lado, la existencia de una Entidad Gestora y otra Depositaria, encargada la primera de la administración del fondo y la segunda de la custodia y depósito de sus activos financieros, que tienen su origen en la función económica y financiera encomendada al fondo, en cuanto que éste debe servir para mantener las contribuciones económicas aportadas al plan, y, al mismo tiempo, obtener de ellas un rendimiento en forma de intereses acumulados. Se trata, en definitiva, de un sistema de gestión externa que se confía a la iniciativa privada, impidiendo, por tanto, una eventual autoadministración de los interesados. Ahora bien, la existencia de unas instituciones de gestión privadas y externas, no ha impedido el reconocimiento de una participación de partícipes y/o beneficiarios en el seguimiento y control de los fondos, ya que, por un lado, el carácter de instrumento de previsión de esta figura jurídica y, por tanto, su trascendencia social, manifestada en la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley 8/1987, como, por otra parte, el hecho de que los partícipes ostenten la condición de titulares de los recursos patrimoniales afectos al plan, exige el establecimiento de una estructura de funcionamiento democrática y sindicalmente participada -comisiones de control del plan y del fondo, en los planes del sistema de empleo-.

De todo lo dicho hasta aquí con respecto a la gestión privada y externa de los fondos de pensiones, se extrae una idea fundamental presente en el conjunto del modelo de gestión de los planes y fondos de pensiones: la de la confianza de que instituciones pertenecientes al mercado privado de la previsión realizarán una correcta reasignación de los recursos patrimoniales adscritos a los programas de previsión contenidos en los planes⁴⁹⁰. Este esquema de funcionamiento también es aplicable a los seguros colectivos contratados con entidades aseguradoras, pero no los instrumentados a través de Mutualidades de Previsión Social, ya que en este caso una de las características de la estructura organizativa y de funcionamiento de estas instituciones es la gestión de los recursos patrimoniales por los asociados.

Por otra parte, otra de las notas caracterizadoras de los planes y fondos de pensiones, es la flexibilidad en cuanto a su configuración. Esta promoción del principio de libertad se manifiesta en diferentes aspectos de su régimen jurídico, a saber: en las diferentes formas de implantación, ya de sea en su vertiente individual como colectiva (art. 4 TRLPFP); en la diversidad de entidades susceptibles de actuar como promotoras de un plan de pensiones del sistema de empleo [art. 4.1.a) TRLPFP]; la posibilidad de articular subplanes en el seno de un mismo plan [art. 4.1.a) TRLPFP]; la posibilidad de optar entre diferentes formas de prestaciones, de aportación

⁴⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión de los Planes y Fondos de Pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1991, p. 567.

o prestación definida o ambas (art. 4.2 TRLPFP); el modo de concretar el abono de las prestaciones, ya sea en forma de renta, capital o mixtas (art. 8.5 TRLPFP); la forma en que se va a poder efectuar la movilización de los derechos consolidados de los partícipes (art. 8 TRLPFP); o en el establecimiento de procedimientos de designación directa de los miembros de la comisión de control (art. 7.2 TRLPFP). Se trata tan sólo de algunos aspectos destacables de la libertad de configuración predicable de los planes y fondos de pensiones. De modo que se puede destacar, como una característica fundamental del sistema normativo regulador de estas instituciones, el amplio margen de libertad con que cuentan los interesados a la hora de conformar este instrumento de previsión, cuestión que es aplicable, igualmente, al resto de los mecanismos que integran la protección social voluntaria.

Sin embargo, este principio de libertad de configuración del régimen regulador de las instituciones de previsión de carácter voluntario contrasta con otra de las características del sistema legal previsto para los planes de pensiones. En concreto, con la imposición de la capitalización individual como sistema de financiación de estos mecanismos, tanto de los planes, como del resto de los componentes del sistema de previsión social voluntario, descartando la posibilidad de utilizar otros modos de financiación, como la capitalización colectiva⁴⁹¹ o el sistema de reparto inherente al sistema público de Seguridad Social. Por lo que respecta a los planes de pensiones, el art. 5.1.b) TRLPFP impone la instrumentación de los planes de pensiones mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización, lo que, en consecuencia, significa que “las prestaciones se ajustarán estrictamente al cálculo derivado de tales sistemas”. En este sentido, la obligatoriedad de utilizar los sistemas financieros y actuariales de capitalización de carácter individual se recoge reglamentariamente en el art. 19.2 RFPF.

Por último, cabe señalar, como nota esencial del modelo legal de los sistemas privados de pensiones representados por los planes, el decisivo intervencionismo estatal en la ordenación jurídica de estos mecanismos, y ello fundamentalmente a través de dos tipos de medidas: la primera de ellas hace referencia a la política de fomento de la previsión social voluntaria, especialmente de los planes y fondos de Pensiones, a través de una calculada política de subvenciones fiscales; la segunda, se ha llevado a cabo a través de un variado conjunto de intervenciones tutelares y de control público del régimen de ordenación y desarrollo de los planes. Con respecto al primero de los aspectos, del que se ha dado buena cuenta más arriba, conviene señalar que el apoyo fiscal, reflejado en el tratamiento

⁴⁹¹ Ésta fue suprimida en los planes y fondos de pensiones con la reforma llevada a cabo por el RD 1589/1999, 15 octubre, por el que se modificaba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (BOE 26 octubre 1999).

legislativo ventajoso dispensado a los instrumentos de previsión privados, muestra una línea de tendencia clara de reordenación del modelo de protección social global amplificando el espacio de actuación de las pensiones privadas. Con respecto a la segunda de las cuestiones apuntadas, hay que recordar que este intervencionismo de carácter público tiene como finalidad supervisar el sistema provisor dispensado por los planes, justificándose el mismo en la trascendencia social de estos instrumentos. En definitiva, esta función tutelar de los poderes públicos deriva del conjunto de las funciones a desempeñar por éstos en el marco de la previsión privada: de un lado, la función reguladora y de encauzamiento de los esfuerzos voluntarios de protección; de otro, la función de integración y coordinación con el sistema público, estableciendo las relaciones de complementación y/o suplementariedad que han de existir entre la previsión privada y la otorgada por el sistema público; y, por último, la función de control y corrección de los elementos institucionales y de funcionamiento del mercado de la previsión, da tal forma que se garantice una tutela equilibrada de los intereses en juego.

En lo que respecta a esta última función, nos encontramos con un modelo de control y supervisión que se manifiesta en diferentes aspectos del régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones, a saber: la necesaria autorización que debe prestar el Ministerio de Economía para la válida constitución de los fondos de pensiones, así como su consiguiente inscripción en el Registro especial administrativo (art. 13.1 TRLPFP); los requerimientos de información que puede exigir el Ministerio de Economía a entidades gestoras y depositarias, comisiones de control y actuarios (art. 24 TRLPFP); la facultad legal atribuida al Ministerio de Economía de exigir a las entidades gestoras y depositarias cuantos datos contables y estadísticos, públicos o reservados, referentes a las mismas o a los fondos de pensiones administrados por ellas (art. 9.7 TRLPFP); la inspección que corresponde también al Ministerio de Economía y que se ejerce a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (art. 24.2 TRLPFP).

CAPÍTULO II: CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

Tras el análisis de los condicionamientos político-normativos del proceso de expansión de los planes de pensiones y de su encuadramiento en el ámbito de la protección social, nos proponemos abordar el estudio de los aspectos jurídicos generales que los conforman. Se pretende con ello, antes de pasar a la indagación más exhaustiva de los caracteres de los planes del sistema de empleo, dar una visión de conjunto de las notas más sobresalientes de estos mecanismos previsores.

En este sentido, se pretende llamar la atención, en primer lugar, sobre la doble función económica y social que caracteriza a los planes y fondos de pensiones. Se trata de una cuestión que se ha reconocido expresamente en los textos legales. Ahora bien, dicho reconocimiento no ha impedido que el interés financiero que se deriva de esta institución se haga prevalecer de manera general respecto al interés social. Y es que no resulta muy aventurado advertir que la práctica puede hacer que los planes y fondos de pensiones se conviertan más en mecanismos de desarrollo del mercado bursátil y de la inversión que auténticos instrumentos de previsión social.

En segundo lugar, dejaremos constancia de un aspecto característico de los planes y fondos de pensiones, que en ocasiones pasa demasiado inadvertido en los análisis que se llevan a cabo de esta institución. Nos referimos a su conformación como un sistema integrado y único de previsión. Es decir, aún cuando el plan, de un lado, y el fondo, de otro, tengan una naturaleza jurídica diversa y pertenezcan a ámbitos materiales distintos, lo cierto es que el legislador ha querido conformar a través de ellas un único esquema institucional de previsión.

Una vez estudiado ese modelo de conjunto de estos instrumentos de previsión, parece oportuno realizar un análisis por separado de los elementos que conforman aquéllos, esto es, el plan de pensiones, por una parte, como acuerdo contractual de previsión y el fondo de pensiones, por otra, como instrumento de inversión y ahorro. Empezando por el plan, nos ocuparemos del estudio de su naturaleza y de sus características técnicas. Para ello será necesario llamar la atención sobre el perfil jurídico dispensado por los arts. 1.1 TRLPFP y 2.1 RFPF de donde se pueden obtener los elementos definidores de los planes de pensiones, que no son otros que los de su carácter de institución de previsión social privada, voluntaria o facultativa, contractual y complementaria o no del régimen público de Seguridad Social. Con respecto al fondo de pensiones, se indagará sobre su naturaleza y caracteres a partir del análisis de los arts. 2 TRLPFP y 3.1 RFPF.

Como cuarta cuestión nos proponemos realizar de forma muy breve un examen de la dimensión competencial de los planes de pensiones. Tarea que exige el estudio de la disp. adic. 4ª TRLPFP y de la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado con anterioridad de este aspecto.

Finalmente, cerraremos este capítulo dedicado al estudio general de los planes y fondos de pensiones con el examen de las notas diferenciadoras de las modalidades de planes individuales y asociados. Con ello se busca mostrar aquellos elementos singulares de este tipo de planes, al objeto de comprender mejor la funcionalidad de los planes del sistema de empleo.

I. LA DOBLE FUNCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL PREDICABLE DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

Lo primero que debe llamarse la atención acerca de los planes y fondos de pensiones es que los mismos tratan de cumplir un doble cometido: uno, de carácter económico y, otro, de índole social⁴⁹². Con el primero de estos fines, los planes y fondos tratarían de dinamizar y fortalecer el sistema financiero español. Con el segundo, se atendería una necesidad social –jubilación, fundamentalmente- a través del otorgamiento de prestaciones de diverso tipo. La propia Exposición de Motivos de la anterior LPFP (Ley 8/1987) reconocía de forma clara esta doble finalidad presente en la institución de los planes al determinar que los fondos de pensiones no sólo atienden el interés prioritario de facilitar el bienestar futuro de la población retirada, sino que también su implantación tiene importantes repercusiones en el ámbito financiero. Por tanto, en estos mecanismos privados de previsión anida una dualidad funcional de orden financiero y social respecto de la cuál resulta obligado hacer algunos comentarios pertinentes.

El primero de ellos está relacionado con lo que se dirá después acerca de la caracterización jurídica del modelo integrado de planes y fondos de pensiones. Y es que la doble finalidad a la que atienden estos instrumentos de previsión debe enlazarse con su propia configuración jurídica. Y así, como se comprobará, a pesar de que éstos constituyan una institución unitaria, ello no es óbice para que el plan, de un lado, y el fondo de pensiones, por otro, actúen en ámbitos materiales distintos. El primero, recoge las condiciones contractuales que deben constituir y regir el programa de previsión. El segundo, sin embargo, se constituye en el instrumento de inversión del ahorro asociado al plan. De todo ello se deduce que esa dualidad funcional predicable de los planes y fondos de pensiones no es sino una consecuencia de la caracterización de los dos elementos que componen esta institución⁴⁹³. Del plan, como instrumento contractual de previsión, se obtiene la función social; del fondo, la función económica, al encargarse éste de la gestión de la masa patrimonial adscrita

⁴⁹² Un análisis de ambas dimensiones desde una perspectiva comparada se puede encontrar en TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension...*, op. cit., pp. 135-176.

⁴⁹³ En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 241.

al fin de previsión. En cualquier caso, tal y como se reiterará más adelante, cabe matizar que ambas funciones son predicables de la institución en su conjunto, pese a que plan y fondo actúen en ámbitos materiales distintos, ya que entre los dos elementos existe una conexión instrumental necesaria en su funcionamiento jurídico. El sistema integrado de planes y fondos de pensiones supone llevar a cabo un programa de inversión-ahorro con la finalidad de que los sujetos beneficiarios puedan acceder a las prestaciones derivadas de los compromisos adquiridos.

El segundo de los aspectos que merece un comentario se refiere al riesgo de que esta pluralidad de fines convergentes en la figura de los planes y fondos de pensiones no tenga un acoplamiento perfecto, esto es, una armonía necesaria que evite la prevalencia de uno respecto del otro. Y es que se ha podido decir, con bastante razón, que en cierto modo resultará inevitable la existencia de una tensión dialéctica entre los intereses sociales y los económicos⁴⁹⁴. No parece, incluso, que el propio texto legal haya eliminado esta posibilidad dando preferencia a la función social del sistema. Más bien, al contrario, se pueden señalar algunos aspectos en los cuáles se visualiza una apuesta clara por resaltar la función que pueden cumplir los planes de pensiones en la captación de ahorro interno que favorezca la inversión.

En primer lugar, hay que decir que en el sistema legal de los planes de pensiones no hay una garantía de efectividad de las prestaciones comprometidas. Dicho en otros términos, si de todo sistema de previsión es predicable el cumplimiento de una función esencial como es la de dar cobertura suficiente a los ciudadanos ante situaciones de necesidad derivadas de determinadas contingencias sociales, en el caso de los planes de pensiones esta función en modo alguno aparece asegurada, al menos en un nivel o grado eficaz de protección⁴⁹⁵. Prueba de ello es que en la normativa de ordenación de los planes los derechos de pensión establecidos en favor de los beneficiarios pueden verse frustrados, si una vez acaecido el hecho causante que da lugar a la prestación los rendimientos del fondo no resultan suficientes para atender las obligaciones. En definitiva, los planes y fondos de pensiones no garantizan por sí mismos la efectividad del cobro de la prestación pretendida⁴⁹⁶. El propio legislador es consciente de ello al otorgar a los sujetos contratantes del plan la opción de contratar “seguros, avales y otras garantías para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o garantías de las prestaciones” (art. 8.2 TRLPFP).

⁴⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 72. En idéntico sentido, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 241.

⁴⁹⁵ GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Pensiones públicas y fondos de pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes...*, op. cit., p. 249.

⁴⁹⁶ ANGULO RODRÍGUEZ, L.: “Los Planes y Fondos de Pensiones y la Ley de Contrato de Seguro y demás normativa aseguradora”, en VV. AA.: *Régimen jurídico de los...*, op. cit., p. 49.

En segundo lugar, también la función financiera que cumplen los planes se hace prevalecer respecto a la de carácter social o de previsión en lo que se refiere al tratamiento fiscal ventajoso que reciben aquéllos. Tal y como ya se comentó con anterioridad, la inscripción de los planes en el ámbito de la protección social complementaria tiene el sentido de que aquéllos actúen como complemento de la renta obtenida mediante el sistema público de reparto. Por ello, parece sumamente aconsejable que toda política fiscal de incentivos a los planes debería ir orientada a primar dicha función de complementariedad predicable de estos instrumentos. Es decir, lo más apropiado desde la perspectiva de esa función social que se les otorga a los planes como es la de servir de complemento a las prestaciones recibidas desde el sistema público es que se de preferencia desde el punto de vista fiscal a la percepción de prestaciones en forma renta que son, a la postre, las que mejor cumplen con aquella finalidad. Sin embargo, como ya se ha dicho, la política de incentivos fiscales, junto con la posibilidad legal de obtener prestaciones de cualquier tipo –rentas vitalicias o temporales, actuariales o financieras; capital inmediato o diferido; capital-renta-, lejos de decantarse por aquella opción, apuesta más bien por hacer de aquéllos meros instrumentos de optimización fiscal para las rentas más elevadas ignorando, en muchas ocasiones, el carácter de ahorro finalista que han de tener⁴⁹⁷. En definitiva, con dicha política fiscal se estimula la constitución de masas de ahorro ilíquido para fortalecer la capacidad de inversión de capitales que extender la previsión social complementaria⁴⁹⁸.

En tercer lugar, cabe referirse a una tercera cuestión que en la práctica puede hacer que los planes y fondos de pensiones se conviertan más en mecanismos de desarrollo del mercado bursátil y de la inversión que auténticos instrumentos de previsión social. En concreto, nos referimos a las estrategias que en la realidad se pueden adoptar por el fondo en orden a dar cumplimiento a los compromisos por pensiones adoptados, las cuáles puede que no resulten coherentes desde una perspectiva de protección social frente a las contingencias⁴⁹⁹. Con respecto a esta cuestión deben servir de ejemplo ilustrativo las reformas que los países latinoamericanos

⁴⁹⁷ SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M. A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español...*, op. cit., p. 205. Los datos parecen dar la razón a estos autores cuando se advierte que “el 47,06 por ciento de los beneficiarios del año 2005 optaron por el cobro de las prestaciones en forma de capital, cuyo importe supuso prácticamente el 69,1 por ciento del total de prestaciones; el 51,17 por ciento optó por el cobro en forma de renta, ascendiendo el montante de dicha modalidad de prestación al 27,5 por ciento del total, mientras que un 1,77 por ciento de beneficiarios optó por el cobro de prestaciones mixtas, el 3,4 por ciento del total” (*Seguros y Fondos de Pensiones. Informe 2005*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 2006, p.113).

⁴⁹⁸ SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M. A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español...*, op. cit., p. 205. Se ha podido decir, en relación a la experiencia americana de los fondos de pensiones, que éstos funcionan más para atender las necesidades financieras de las empresas que participan en aquéllos que para pagar las pensiones comprometidas (NIKONOFF, J.: *La Comédie des...*, op. cit., p. 150).

⁴⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 72.

han llevado a cabo en sus sistemas de pensiones, las cuáles se han orientado hacia la implantación de sistemas basados, en todo o en parte, en la financiación por capitalización individual. Respecto de éstas se ha podido constatar la falta de cumplimiento de algunos de los objetivos que las mismas se marcaron, entre ellos, y en lo aquí interesa, una protección eficaz, amplia y suficiente de los ciudadanos⁵⁰⁰. Por ello, se ha podido decir que las reformas en dichos países habría que situarlas en el contexto político, económico y social de éstos, con gran dependencia de su endeudamiento externo y por tanto de la necesidad de financiar y de fomentar su ahorro interno⁵⁰¹. Junto con ello debe ponerse de manifiesto el perfil que los fondos de pensiones ostentan en el marco de la intermediación financiera: son instituciones de tipo financiero cuya tarea fundamental no es otra que la canalización del ahorro-pensión hacia la inversión rentable. Ello supone que en la práctica no deban descartarse conductas de riesgo respecto a esa finalidad de conservación y acrecentamiento del patrimonio que el fondo tiene encomendada. En suma, se quiere decir con todo esto que los factores financieros y económicos, entre ellos, la rentabilidad del fondo durante toda la vida activa, los gastos de gestión, los costes de seguros y rentas vitalicias, tipos de interés, tablas actuariales, etc., se convierten en decisivos a la hora de determinar el cálculo de la pensión de los partícipes, tanto o más que el esfuerzo de cotización de éstos o del promotor del plan⁵⁰². De ahí que se pueda aceptar que son esas variables financieras, entre ellas, la actitud de los gestores del fondo, con el control, por supuesto de los interesados en el plan de empleo, los factores objetivos determinantes de la protección a dispensar.

Finalmente, no debemos pasar por alto otra de las cuestiones que esta dualidad funcional que anida en los planes suscita, que no es otra que la necesidad de que esa función social o de previsión no se convierta en preferente a costa de un retroceso o, simplemente, de la no expansión del gasto público asociado a las pensiones estatales. Algo que, a tenor de los últimos procesos reformadores, se ha convertido en algo bastante normal. En cierto modo, ya nos preocupamos de poner de manifiesto en otro lugar que ese espacio que ocupan las pensiones privadas de los planes, en su función de complementación de las prestaciones públicas, se debe a una

⁵⁰⁰ Vid. OCHANDO CLARAMUNT, C.: "Reformas estructurales de los sistemas de seguridad social en América Latina durante la década de los noventa", en VV. AA. (López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. eds.): *El Estado del bienestar. Modelos y líneas de reforma*, Alzira, Germania, 2005, pp. 87-118.

⁵⁰¹ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.: "Consideraciones en relación con las reformas de los sistemas de pensiones en Iberoamérica", en VV. AA. (López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. eds.): *El Estado del Bienestar...*, op. cit., p. 39.

⁵⁰² Téngase en cuenta que las proyecciones en materia de capitalización son favorables en la actualidad, pero no cabe descartar la existencia de importantes riesgos que pueden amenazar la tranquilidad de los mercados en los que operan los fondos de pensión. En concreto, se han subrayado tres, a saber: una disminución de la tasa de productividad que afecte a los rendimientos de capital, la existencia de inflación que devalúe, igualmente, el capital y, por último, una inestabilidad creciente de los mercados financieros (CRIST. W. D. y DUIGOU, J. C. le: *Les fonds de pension*, Paris, Grasset, 2002, p. 114).

intención de reducir de forma gradual y constante el campo de actuación de la Seguridad Social. Es decir, su configuración como instrumentos de previsión social, de obtención de rentas de sustitución complementarias a las que ofrece el sistema público, trae causa de las políticas de reajuste de la Seguridad Social.

II. LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL MODELO INTEGRADO DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

Antes de abordar la noción jurídica de los planes y los fondos de pensiones por separado conviene llamar la atención acerca de la consideración de ambas instituciones como un sistema único de previsión social. En efecto, aún cuando ambas figuras tengan una naturaleza jurídica diversa y en ellas actúen sujetos diferentes, lo cierto es que el legislador ha querido conformar a través de ellas un único esquema institucional⁵⁰³ de previsión. De hecho, el RFPF dedica su Título I a lo que denomina como sistema de planes y fondos de pensiones, para a continuación referirse a las instituciones y elementos que conforman el citado sistema (Cap. I). De modo que desde la propia normativa reguladora hay una clara intención de presentar a los planes y fondos de pensiones como una figura jurídica singular y única, con entidad propia, distinta de las partes –estructura orgánica- que la conforma. Podemos afirmar, por tanto, que el régimen jurídico aplicable a los planes y fondos de pensiones parte de la idea de que el conjunto de las diferentes instituciones que intervienen en la función de previsión que representa el sistema de planes pertenecen a un modelo unitario. Así, plan y fondo son dos subsistemas pertenecientes a un único sistema jurídico, el cuál constituye una unidad inescindible en su funcionamiento jurídico⁵⁰⁴.

En este sentido, la afirmación de que plan y fondo de pensiones son una institución unitaria exige profundizar en las razones que explican su consideración como un sistema integrado, lo que remite a tres aspectos fundamentales de su régimen jurídico: en primer lugar, el que se trata de dos institutos jurídicos necesariamente interdependientes y, por tanto, conectados instrumental y teleológicamente; en segundo lugar, que su vinculación se ordena en base a una doble relación de integración y subordinación; y, en tercer lugar, que se constata la existencia de una maraña de entidades y sujetos intervinientes en el esquema de funcionamiento del sistema que, en cualquier caso, resultan fácilmente

⁵⁰³ Como indica CARCELÉN CONESA, esta expresión, la de “esquema institucional”, era la empleada por el RD 1307/1988, de 30 de septiembre, en su Preámbulo (“Significado jurídico de las diferentes instituciones que intervienen en el sistema de pensiones: Planes, Fondos, Gestoras, Depositarias, Expertos y Administración”, *La Ley*, 1989, p. 1165).

⁵⁰⁴ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 6)

reconducibles a alguno de los dos subsistemas –plan o fondo- de este modelo integrado.

Con respecto al primer punto a destacar –la interconexión entre la figura de los planes y la de los fondos- conviene advertir, en primer lugar, que tanto como uno como otro actúan en ámbitos materiales distintos. El primero recoge las condiciones contractuales que deben constituir y regir el programa de previsión y, por el contrario, el segundo se constituye en el instrumento de inversión del ahorro asociado a aquél. El plan, por tanto, actúa como elemento genético de la institución e hilo conductor de su operatividad⁵⁰⁵, y el fondo, atiende de forma exclusiva a su función de gestión de una masa patrimonial separada. De hecho, el que ambos obedezcan a lógicas jurídicas distintas ha permitido al legislador optar por un tratamiento separado y diferenciado de ambas figuras –Capítulos II y III, para los planes y IV, V, VI y VII, para los fondos, según el TRLPFP- e, incluso, el que el plan se caracterice por ser el instrumento de constitución del sistema privado de pensiones ha servido también para dar prelación expositiva a la regulación de aquél frente al fondo⁵⁰⁶.

Pero, aún operando ambos en áreas materiales distintas –función social de previsión, el plan y financiera, el fondo- su conexión instrumental es evidente, ya que ambos son interdependientes. Por un lado, los planes de pensiones exigen de la existencia de un fondo como patrimonio en el que integrar los recursos necesarios para la financiación, cobertura y efectividad de las prestaciones comprometidas en el plan y, por otro lado, la creación del fondo exige de la existencia previa de uno o varios planes en los que se establezcan las condiciones de aportación a realizar al patrimonio que lo conforma⁵⁰⁷. El propio texto legal confirma esta conexión instrumental al entender que “los Fondos de Pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de Pensiones” (arts. 2 TRLPFP y 3 RFPF) y que la instrumentación de un plan de pensiones exigirá que “las contribuciones económicas a que los promotores y los partícipes del plan estuvieran obligados se integrarán inmediata y necesariamente en una cuenta de posición del plan en el fondo de pensiones, con cargo al cual se atenderá el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la ejecución del plan” (art. 10.1 TRLPFP). En definitiva, entre ambos existe una relación de mutua dependencia, en el sentido de representar, el primero, el instrumento que determina las

⁵⁰⁵ MICHAVILA NÚÑEZ, J.M^a: “Principios institucionales de los Planes y Fondos de Pensiones (Estudio sobre las disposiciones generales de la Ley 8/87 de Planes y Fondos de Pensiones)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 34, 1989, p. 347.

⁵⁰⁶ La Exposición de Motivos de la originaria LPFP justificaba el tratamiento, en primer lugar, de los planes frente a los fondos de pensiones “en la conveniencia de tratar las condiciones contractuales de constitución del ahorro-pensión, previamente al instrumento de inversión de dicho ahorro, pues en la realidad material, un Fondo de Pensiones no es sino un medio de instrumentación de un Plan de Pensiones previo”.

⁵⁰⁷ TAPIA HERMIDA, A. J.: *Manual de Derecho de Seguros...*, *op. cit.*, p. 281.

aportaciones a realizar para alcanzar en su día la prestación correspondiente y, el segundo, el medio en el que se integran dichas aportaciones y que tiene como objetivo la acumulación e inversión de las mismas. Por tanto, el fondo se presenta como una institución de inversión con una finalidad específica: la de invertir los recursos procedentes de los planes de pensiones. Sin fondo de pensiones no existe plan, dado que el régimen jurídico de esta institución exige, de acuerdo con el art. 5.1.e) TRLPFP “la integración obligatoria a un Fondo de Pensiones, en los términos fijados por esta ley, de las contribuciones económicas a que los promotores y partícipes estuvieran obligados”⁵⁰⁸.

Por lo demás, esa interconexión entre plan y fondo tiene lugar en el plano instrumental porque ambos cumplen una misma finalidad, que no es otra que realizar un programa de previsión y aseguramiento de las pensiones privadas comprometidas. Ambas figuras están necesariamente enlazadas porque con ellas se trata de potenciar, a través de nuevos cauces, la previsión voluntaria y de carácter privado mediante el ahorro⁵⁰⁹. El sistema integrado de planes y fondos de pensiones permite ejecutar un programa de inversión-ahorro con la finalidad de que los sujetos beneficiarios puedan acceder a las prestaciones derivadas de los compromisos adquiridos.

El segundo aspecto a tener cuenta en la consideración de los planes y fondos de pensiones como modelo integrado de previsión social es consecuencia de lo dicho hasta aquí con respecto a la relación de interdependencia que guardan ambos mecanismos jurídicos. En concreto, nos referimos al modo en que ambos instrumentos están ordenados. Y así, podemos decir que ambos subsistemas están articulados sobre la base de dos tipos de relaciones: de subordinación, del fondo con respecto al plan y de integración, del plan con respecto al fondo. Si decíamos que el fondo de pensiones se configura como el instrumento de financiación de un plan de pensiones, es lógico pensar que los primeros tendrán la consideración de patrimonios sin personalidad jurídica creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones. Por tanto, los fondos de pensiones se constituyen en el instrumento puesto al servicio de los planes para dar cumplimiento a sus especificaciones contractuales. Una relación de subordinación con respecto al plan que estará sometida a un proceso de supervisión a través de la comisión de control del fondo (art. 14.2 TRLPFP). Del mismo modo, la estructura de funcionamiento del sistema jurídico de los planes y fondos de pensiones exige que los primeros se

⁵⁰⁸ Aunque más adelante se insistirá sobre esta cuestión, cabe decir, en principio, que esta obligación legal de integración en un fondo de pensiones ha permitido a los Tribunales distinguir entre fondos internos y fondos externos, todo ello a efectos del reconocimiento (o no) de derechos consolidados en el supuesto de extinción del contrato de trabajo con anterioridad al acaecimiento del hecho causante de la prestación asegurada.

⁵⁰⁹ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 6).

integren obligatoriamente en los segundos [art. 5.1.e) TRLPFP]. Se trata de un principio que es consecuencia de lo anterior, ya que si el fondo se constituye en el instrumento que canaliza las contribuciones del plan, para que el primero cumpla con su estricta función de inversión de dicho ahorro se hace necesario que las contribuciones económicas a que los promotores y partícipes estén obligados se incorporen al patrimonio del fondo a través de una cuenta de posición, con cargo a la cual se realizarán las inversiones, se recogerán los rendimientos y se atenderá el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la ejecución del plan (art. 10 TRLPFP).

Por último, el sistema legal de planes y fondos de pensiones se completa con la intervención de un variado conjunto de sujetos y entidades: Planes de Pensiones, Fondos de Pensiones, Entidades Gestoras, Entidades Depositarias, Promotores, Partícipes, Beneficiarios Expertos y Administración. Es evidente que esta diversidad en lo institucional y, lo más importante, el tratamiento jurídico diferenciado que el TRLPFP y el RFPF dispensan a cada una de estas entidades como si de compartimentos estancos se tratara, no debe ser obstáculo para considerar que todas ellas pertenecen a un todo institucional⁵¹⁰. De hecho, todos estos sujetos intervinientes son perfectamente integrables en cada uno de los subsistemas en que se divide el modelo integrado de los planes y fondos de pensiones. Así, el subsistema de los planes de pensiones agrupa a promotores, partícipes y beneficiarios que se relacionan sobre la base del contrato colectivo de previsión que representa el plan. Por otro lado, en el subsistema de los fondos de pensiones se encuadran las entidades depositarias y gestoras, ordenadas jurídicamente bajo un contrato de administración y depósito, pero también los elementos personales del plan representados a través de la comisión de control del fondo⁵¹¹. Vale la pena recordar, para comprobar en qué medida los planes y fondos de pensiones se ajustan a la idea de institución, la formulación que ROMANO hizo de este concepto, a saber: el de “una organización que fija los diversos elementos de un ente, la posición y la función de ellos, así como también la unidad que de todo ello resulta, subordinándolos al ente del cual vienen a formar parte”⁵¹².

En fin, no cabe duda que la figura de los planes y fondos de pensiones obedece a un único sistema de ahorro-previsión que tiene por finalidad organizar la inversión de unos recursos patrimoniales con el objetivo de garantizar la percepción de las prestaciones económicas comprometidas. A su vez, este modelo integrado se caracteriza por la existencia de dos áreas materiales claramente diferenciadas: la del acuerdo contractual por el que se definen los compromisos por pensiones a satisfacer –representada por el

⁵¹⁰ MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.ª: “Principios institucionales de los Planes...”, *op. cit.*, p. 343.

⁵¹¹ TAPIA HERMIDA, A. J.: *Manual de Derecho de Seguros...*, *op. cit.*, p. 280.

⁵¹² ROMANO, S.: *Fragments de un Diccionario Jurídico*, Granada, Comares, 2002, p. 111.

plan de pensiones- y la del instrumento de inversión de las contribuciones fijadas en el plan –referido al fondo de pensiones-. De ahí que pese a que plan y fondo constituyan un todo institucional, ambos son intelectualmente distinguibles, respondiendo a una misma finalidad pero cumpliendo distintas funciones convergentes o encadenadas⁵¹³. Por ello, en atención a la naturaleza singular de que gozan ambos mecanismos, nos referiremos a continuación a cada uno de ellos por separado, procediendo, por tanto, al análisis de su alcance y significación jurídica.

III. LA NOCIÓN JURÍDICO-LEGAL DE PLAN DE PENSIONES: UN CONTRATO DE NUEVO CUÑO

La primera dificultad con la que nos encontramos a la hora de abordar la figura de los planes de pensiones es la inexistencia de una definición legal de la misma. Ni el TRLPFP ni su Reglamento realizan una delimitación conceptual de este mecanismo. A lo sumo, el art. 1.1 TRLPFP y el art. 2.1 RFPF resaltan gráficamente la función a desempeñar por este instrumento de previsión, que no es otra que la de definir el conjunto de derechos y obligaciones de las personas que forman parte del mismo. Derechos relativos a la percepción de una prestación de jubilación, invalidez, supervivencia, orfandad o viudedad, en forma de capital o renta, y obligaciones de contribución de los individuos. También, en este sentido, el plan puede establecer “reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio a que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse” (art. 1.1 TRLPFP). Por tanto, la primera referencia legal y reglamentaria respecto a los planes de pensiones es más descriptiva que conceptual⁵¹⁴. En cualquier caso, la ausencia de una delimitación legal de la noción de planes de pensiones no es obstáculo para poder deducir sus rasgos caracterizadores a partir del esquema básico proporcionado por los arts. 1.1 TRLPFP y 2.1 RFPF. De modo que es a partir del perfil jurídico dispensado por estos preceptos de donde se pueden obtener los elementos definidores de los planes.

Y así, de los arts. 1.1 TRLPFP y 2.1 RFPF se pueden destacar tres aspectos fundamentales que sirven para configurar jurídicamente a los planes de pensiones: el primero, haría referencia al elemento genético o de constitución que cabe predicar de esta institución; el segundo, está relacionado con el objeto al que sirve este mecanismo, que no es otro que el de organizar todo un programa de previsión; y, finalmente, se aludiría a su

⁵¹³ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 4).

⁵¹⁴ MORENO ROYES, F.; SANTIDIRIÁN ALEGRE, J. y FERNANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 27 y SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones. Una especial referencia a la normativa española*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1991, p. 196.

capacidad de establecer las reglas de funcionamiento de todo el programa dispuesto.

Con respecto al primer punto, el art. 1.1 TRLPFP alude tan sólo indirectamente al papel del plan de pensiones como elemento generador de todo el sistema previsor, en concreto, al referirse a aquéllos que van a beneficiarse del plan, es decir, a “las personas a cuyo favor se constituyen”. No hay, por tanto, una referencia legal inicial rotunda capaz de caracterizar a estos instrumentos a partir del elemento constitutivo y fundacional que le es inherente, y ello pese a que el apartado 2º del art. 1 TRLPFP subraye su carácter de mecanismo de previsión voluntario. En todo caso, es indudable que el plan de pensiones es el punto de partida a partir del cual se instituye todo el esquema protector que lo caracteriza. De su constitución se deriva el conjunto de las reglas y normas a seguir para garantizar el objeto de la institución predispuesta, de modo que al plan de pensiones le corresponde el papel genético del conjunto de los derechos y obligaciones que delimitan el programa de previsión. Y ello pese a que, con anterioridad, las partes interesadas en dicho instrumento de protección hayan alcanzado un acuerdo previo –colectivo o no- para su implantación en el ámbito correspondiente.

En segundo lugar, los arts. 1.1 TRLPFP y 2.1 RFPF sí hacen referencia, de una forma clara, al contenido de los planes de pensiones. Y así, se alude tanto a lo que sería la acción protectora básica del plan - garantizar prestaciones económicas a largo plazo (pensiones) a los beneficiarios del mismo- como a las aportaciones que deben realizarse para financiarlo. Por tanto, el objeto de un plan de pensiones no es otro que ser un instrumento pensado para concretar los derechos y obligaciones de los sujetos –promotores, partícipes y beneficiarios- que participan en esta modalidad de protección. A él corresponde, en definitiva, definir las posiciones subjetivas de los implicados en el mismo, establecer las prestaciones a dispensar en el seno de cada plan a los sujetos beneficiarios y concretar las obligaciones asumidas por cada uno de los sujetos implicados⁵¹⁵.

Por último, el plan de pensiones es también expresión de un conjunto de reglas y normas que son el cauce por el que debe discurrir su esquema organizativo y los derechos y obligaciones instituidos. Es el instrumento normativo básico, de ordenación de todo el sistema de previsión adoptado por un colectivo de personas. Así, el art. 1.1 TRLPFP aludiría a este aspecto del plan al hacer referencia a “las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos ha de afectarse”. Por tanto, al plan le corresponde, por un lado, definir los derechos de percepción de una serie de prestaciones, pero también establecer las reglas básicas de financiación que hagan viable el mismo.

⁵¹⁵ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 4).

Para ello los planes deberán materializarse “en un documento que contenga todas las previsiones para lograr una correcta administración de las aportaciones de los partícipes y las contribuciones en su caso, a fin de que sea posible, en su día, hacer frente a las prestaciones comprometidas”⁵¹⁶. Documento en el que se deberán precisar las especificaciones a las que hacen referencia los arts. 6 TRLPF y 18 RFPF.

A partir de estas tres ideas fundamentales, presentes en la configuración legal de los planes de pensiones, se puede ensayar la noción de este instrumento de protección social de carácter privado caracterizándolo *como un programa organizado de ahorro fruto de un acuerdo contractual de estructura compleja mediante el cual unas personas –partícipes y, en su caso, promotores- se comprometen a realizar determinadas aportaciones a una cuenta de capitalización, con la finalidad de garantizar a los sujetos beneficiarios del plan la entrega de prestaciones económicas, previamente estipuladas, en forma de capital o de renta, una vez se produzcan los acontecimientos previstos para su percepción*⁵¹⁷. De esta delimitación conceptual propuesta se han querido destacar los tres aspectos constitutivos de los planes expuestos con anterioridad, a saber: en primer lugar, el carácter de elemento fundacional de todo el sistema previsor que ostenta el plan al referirnos al acuerdo contractual generador del programa de protección social (constitución del plan), en segundo lugar, al papel otorgado por el legislador a este instrumento de previsión al configurarlo como mecanismo definidor de las obligaciones de contribución de los sujetos constituyentes y de los derechos

⁵¹⁶ CARCELÉN CONESA, J. M.: *Planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 60.

⁵¹⁷ Se trata de una definición deudora de los esfuerzos realizados tiempo atrás por la doctrina, empezando por aquella que ha querido resaltar su configuración como institución de seguro privado y previsión [“Los Fondos de Pensiones son instituciones de seguro privado y previsión; deben ser autorizados, promocionados, tutelados, controlados y vigilados por el Estado; tienen por finalidad GARANTIZAR la entrega de prestaciones económicas, previamente estipuladas, en forma de capital o de renta, para proteger situaciones derivadas de las contingencias que afectan a la vida humana” (SOLER BORDETAS, F. J.: *Fondos de...*, *op. cit.*, p. 20)]; o aquella otra en la que se subraya la condición del plan de pensiones como instrumento regulador de las aportaciones a realizar para garantizar las prestaciones comprometidas [“El conjunto de reglas por las que se rige una serie de aportaciones a fin de poder otorgar en el futuro una renta periódica o un capital en los casos de: jubilación, muerte y supervivencia, viudedad, orfandad e invalidez (CARCELÉN CONESA, J. M.: *Planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 60)]; o la delimitación del plan de pensiones como programa organizado de ahorro y previsión [“En una acepción amplia un Plan de Pensiones no es sino un programa organizado de ahorro para la provisión de prestaciones económicas en favor de determinados grupos o colectivos de personas (los Planes de Pensiones constituyen formas privadas de ahorro-pensión organizado) (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 135)]; o, incluso, aquella más reciente en la que se recoge la caracterización realizada por la STC 206/1997, 27 noviembre en la que se subraya el carácter contractual del plan, pero especialmente su estructura compleja como institución [“Un plan de pensiones es un contrato especial de estructura compleja mediante el cual unas personas –partícipes y, en su caso, promotores- se comprometen a realizar determinadas aportaciones a una cuenta de capitalización, con la finalidad de garantizar a los propios partícipes o a terceras personas –beneficiarios- la percepción de prestaciones económicas cuando se produzcan acontecimientos o contingencias pensionables, es decir, susceptibles de cobertura económica mediante una pensión o renta periódica de largo plazo (MARTÍN VALVERDE, A.: “Jurisprudencia social sobre planes y fondos de pensiones” en VV. AA.: *Seguridad social...*, *op. cit.*, p. 14)].

económicos a reconocer (contenido del plan) y, en tercer lugar, la alusión a su caracterización como programa organizado de ahorro resultado de un acuerdo contractual por el que se establecen las pautas básicas que deben regir su operatividad (normas y reglas de funcionamiento del plan). Por último, la alusión a su estructura compleja haría referencia a todo el entramado jurídico-institucional que se constituye con la puesta en funcionamiento del plan de pensiones, tanto a la pluralidad de sus elementos personales (promotores, partícipes y beneficiarios), como a la diversidad de derechos y obligaciones que son objeto del mismo (aportaciones y prestaciones de distintas clases, derechos consolidados de los partícipes, facultades de los mismos de movilización, etc.), así como a la existencia de múltiples actividades entrelazadas y conexas para que se produzca su concertación y su funcionamiento (constitución del plan, aprobación, adhesión de los partícipes, aportaciones a realizar, etc.)⁵¹⁸.

Caracterizado el plan de pensiones sobre la idea de un acuerdo por el que las partes se comprometen en unos derechos y obligaciones, es evidente que la naturaleza jurídica del mismo parte de la noción de contrato⁵¹⁹. El más típico negocio jurídico obligatorio considerado por nuestro Código Civil como fuente de obligaciones y como creador entre las partes de la *lex privata*, de acuerdo con la cuál éstas han de regirse⁵²⁰. Un contrato cuyas características es necesario abordar a partir de una serie de consideraciones:

a) La primera, consistente en la dificultad de poder calificar como de seguro dicho contrato⁵²¹, ya que el sistema de los planes y fondos de pensiones no garantiza, por sí mismo, la efectividad de los compromisos contraídos en el plan⁵²². De ahí que los arts. 8.2 TRLFPF y 19.4 RFPF establezcan que los planes de pensiones puedan “prever la contratación de seguros, avales y otras garantías con las correspondientes entidades financieras para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o garantía de las prestaciones”. Al contrario, en el contrato de seguro, una vez establecidas las primas y detraídas del tomador del seguro, la compañía aseguradora se responsabiliza de satisfacer las prestaciones definidas. De esta forma, no cabe entender el plan como un acuerdo de previsión que adopte las características propias de un seguro.

⁵¹⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: “Jurisprudencia social sobre...”, *op. cit.*, p. 14.

⁵¹⁹ Como explica CHARRO VALLS “por deseo del legislador y, en virtud, de sus características esenciales, resulta evidente que los Planes de Pensiones gozan de naturaleza contractual privada (art. 1.2 de la Ley de P.F.P.), en contraposición teórica al régimen público de Seguridad Social al que, en ningún caso, pueden sustituir... No obstante, a pesar de su carácter privado, la propia regulación legal reduce, como decisión del legislador, la autonomía de las partes en aquellos elementos que son considerados de especial importancia, restringiendo el ámbito del art. 1255 del Código Civil” (“Aspectos jurídicos e institucionales de los planes y fondos de pensiones”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1993, pp. 394-395).

⁵²⁰ Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial (II). Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 4.ª ed., 1993, p. 142.

⁵²¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Delimitación y notas características de los...”, *op. cit.*, p. 19.

⁵²² ANGULO RODRÍGUEZ, L.: “Los Planes y Fondos de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 49.

b) La segunda, en la que se trata de poner de manifiesto la función a la que el plan sirve. Así, siendo ésta, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la originaria LPFP, la de servir como instrumento de ahorro-pensión, habría que subrayar la doble finalidad a la que obedece, tal y como ya se comentó más arriba: una, de carácter económica, en la medida en que se pretende posibilitar nuevas formas de canalizar el ahorro hacia la inversión⁵²³ y otra, de carácter social, en cuanto que atiende, también, a una finalidad de previsión. Por tanto, el plan de pensiones se presenta con un objetivo eminentemente previsor, ya que se da la circunstancia de estar configurado para disponer de medios adecuados para atender las contingencias previstas. Para ello, hay una determinación previa tanto de los riesgos o situaciones de necesidad protegidas como de los sujetos protegidos por el plan y, también, un margen de seguridad razonable consistente en garantizar mecanismos suficientes en el momento en que se actualicen los riesgos objeto de protección.

c) Por último, el plan agrupa a un colectivo de personas que tienen una finalidad común, como es la de obtener una cobertura ante las situaciones de necesidad prefijadas. El grupo se compromete a contribuir a través de una serie de aportaciones y crear una cierta organización para alcanzar el objetivo mencionado.

A partir de estas premisas –la ausencia de un asegurador, el acuerdo de voluntades como elemento fundacional del plan, la función de previsión a la que atiende este instrumento privado de protección y la existencia de una comunidad de intereses- se puede afirmar que el plan de pensiones constituye un contrato de previsión de tipo asociativo, ya que el acuerdo contractual “que sirve de base a un plan da lugar a una colectividad que se asocia con fines de previsión, lo que ocasiona el nacimiento de un ente asociativo de tipo mutualista no personificado”⁵²⁴. Así, por tanto, todo plan de pensiones exige la existencia de un acuerdo⁵²⁵ contractual previo que define los derechos y obligaciones de los sujetos implicados con el fin de garantizar la percepción de unas prestaciones económicas a largo plazo – contrato colectivo de previsión-. Pero, al mismo tiempo, en el esquema organizativo y de funcionamiento de los planes se hace necesaria una actividad de colaboración y de asociación de los participantes en el

⁵²³ Acerca de la función económica y financiera que cumple el plan, *vid.* GUERRERO CASAS, F. M.^a y LUCAS LEÓN, G.: “Planes de Pensiones, actividad económica y mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 35, 1995, pp. 101-113. Estos autores advierten que se han pasado por alto los efectos que los fondos de pensiones pueden tener sobre la renta disponible de los ciudadanos y, por consiguiente, sobre el consumo y la demanda agregada. Consideran, asimismo, que “los Planes y Fondos de Pensiones constituyen un fenómeno complejo que se proyecta fuera del campo de la previsión social” (*Ibidem*, p. 102).

⁵²⁴ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Delimitación y notas características de los...”, *op. cit.*, p. 27.

⁵²⁵ La naturaleza del plan de pensiones remite a la noción jurídica más estricta de acuerdo, con el que se alude a intereses paralelos o convergentes a un fin común (BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Edición y Estudio Premilitar El negocio jurídico como categoría problemática a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000, p. 259).

programa de previsión al objeto de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas y coordinarse para hacer realidad la finalidad de previsión – contrato de tipo asociativo-. En definitiva, se trata de elementos constitutivos que se pueden reconocer en la normativa reguladora de los planes de pensiones y que analizamos de forma breve a continuación.

En primer lugar, hemos dicho que los planes de pensiones pertenecen a la categoría de los contratos. En efecto, la institución de los planes de pensiones se refiere a las fuentes de las obligaciones y dentro de éstas al contrato, entendiendo por tal el acuerdo de personas que consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254 CC). Es indudable que como condición previa a la existencia de un plan de pensiones se hace necesario un acuerdo de voluntades que actúe como fuente de derechos y obligaciones. La referencia que el art. 1.2 TRLPFP hace al hecho de que estos mecanismos se constituyan voluntariamente no hace sino subrayar la idea de que el elemento fundacional del plan y de todo el sistema previsor representado por él parte de un compromiso de los sujetos implicados. Un acuerdo que se formalizará necesariamente a través de los cauces predispuestos por el régimen jurídico previsto para esta figura jurídica. Así, el promotor del plan de pensiones, una vez elaborado el proyecto inicial, instará la constitución de una comisión promotora, la cual se encargará de su aprobación y, finalmente, proceder a la incorporación de los partícipes según lo previsto en el art. 9.4 TRLPFP. De tal forma, que todo plan de pensiones parte de un acuerdo más o menos explícito entre la parte promotora y el colectivo de personas a quién va dirigido como potenciales partícipes.

En segundo lugar, se ha hecho referencia a la idea de que el contrato que sirve de base al plan de pensiones tiene una finalidad de previsión. Así, junto a la función estrictamente económica o financiera que cabe atribuir a esta figura –instrumento de inversión del ahorro a largo plazo en el mercado de capitales- cabe advertir una función social o de protección que se manifiesta en el hecho de que con los planes de pensiones lo que se pretende es obtener unas rentas o capitales para afrontar el pago de unas prestaciones cuando se produzca el acaecimiento de las contingencias pensionables. Por tanto, se puede afirmar que, aún cuando el plan de pensiones se instrumente a través de un sistema financiero y actuarial de capitalización de indudable trascendencia para el mercado financiero, su finalidad no deja de ser la de garantizar unas rentas o capitales capaces de atender los compromisos prestacionales adquiridos. Ello no es óbice para subrayar la conexión instrumental entre ambas funciones, ya que sin la inversión financiera rentable de las aportaciones de los sujetos implicados no será posible entregar las pensiones comprometidas. Pero, en definitiva, y aún cuando se admita esta superposición de finalidades de orden económico y social, no cabe ninguna duda de que el objeto de los planes de

pensiones no deja de ser otro que la inversión de unos recursos para atender los compromisos por pensiones contraídos.

Un breve análisis del régimen jurídico de los planes de pensiones puede confirmar esta idea. Por un lado, los arts. 1.1 TRLPFP y 2.1 RFPF señalan expresamente que los planes de pensiones se constituyen para garantizar “rentas o capitales por jubilación, supervivencia, incapacidad permanente y fallecimiento”, por lo que se está aludiendo de forma clara a la finalidad previsora que caracteriza a estas instituciones. Por otro lado, el reconocimiento legal del principio de disponibilidad limitada de los derechos económicos consolidados (art. 8.8 TRLPFP) realza la función previsora de los planes, ya que se considera que las aportaciones y contribuciones realizadas se adscriben a una función de previsión colectiva, la de garantizar unas prestaciones económicas a largo plazo, lo que exige que la efectividad del derecho consolidado sólo tenga lugar de forma general con la actualización de las contingencias objeto de protección. Sólo en supuestos muy concretos será posible reconocer el derecho de rescate o de movilidad de los partícipes, ya que se hace prevalecer la función social o de protección del plan a través de la regla general de la indisponibilidad de los derechos consolidados.

Finalmente, hemos hecho referencia al ámbito subjetivo al que se dirige el plan, en el sentido de que se trata de una institución que da lugar a una agrupación de personas que se asocian con el objeto de realizar unas aportaciones que les reporte en el futuro unas prestaciones económicas previamente delimitadas. De ahí que se pueda hablar del plan de pensiones como un contrato asociativo, ya que sobre la base del mismo se crea un entramado de elementos personales y patrimoniales –asociación o sociedad- con una finalidad común. Así, los partícipes del plan se vinculan entre sí con un objetivo, la cobertura de determinadas contingencias pensionables (arts. 1.1 TRLPFP y 2.1 RLPFP), para lo cual se comprometen a realizar las contribuciones y aportaciones necesarias (arts. 8 TRLPFP y 5 RFPF), constituyendo un fondo común del que son titulares (art. 8.4 TRLPFP). De este contrato surge la necesidad de una cierta estructura organizativa participada por los propios interesados que represente de algún modo sus intereses en lo que a la inversión de los recursos patrimoniales para la obtención de las prestaciones comprometidas se refiere, de ahí que se cree una comisión de control encargada de supervisar el cumplimiento de las cláusulas del plan, seleccionar el actuario, nombrar los representantes de la misma en la comisión de control del fondo o, incluso, representar judicial y extrajudicialmente los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones (art. 7.1 TRLPFP). Organización que, en modo alguno, ostenta personalidad jurídica, de ahí que se diga que el plan es un contrato asociativo sin

personalidad jurídica⁵²⁶, ni tampoco se le reconozca capacidad de gestión directa del patrimonio del fondo de pensiones, ya que es a terceros a quién se confía la administración de los recursos patrimoniales del Fondo (art. 13 TRLPFP).

Como corolario de todo lo dicho hasta aquí, se puede decir que el plan de pensiones es un contrato de nuevo cuño⁵²⁷, típico y nominado⁵²⁸, que surge con el propósito declarado de corregir la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una institución dedicada a instrumentar una modalidad singular de ahorro finalista (Exposición de Motivos de la originaria LPFP). Por tanto, la novedad de este instrumento de previsión de carácter colectivo no estriba en el hecho de actuar sobre un espacio específico y diferenciado con respecto a otro tipo de instituciones que guardan con aquél similares características⁵²⁹, sino más bien en la instauración, por la vía de una regulación propia y autosuficiente⁵³⁰, de un mecanismo contractual innovador en su conformación jurídica.

IV. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS PLANES DE PENSIONES

Si bien a partir de los arts. 1.1 TRLPFP y 2.1 RFPF podíamos deducir la noción de plan de pensiones, así como su naturaleza jurídica, del mismo modo del art. 1.2 TRLPFP y del párrafo 2º del art. 2.1 RFPF podemos obtener los rasgos técnicos que caracterizan a esta figura, que no son otros que los de su carácter de institución de previsión social privada, voluntaria o facultativa, contractual y complementaria o no del régimen público de Seguridad Social. Son características que se señalan expresamente en los mencionados preceptos, ya que como se indica en los mismos, “constituidos voluntariamente (los planes de pensiones) sus prestaciones no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo en consecuencia, carácter

⁵²⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Delimitación y notas características de los...”, *op. cit.*, p. 25 y MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.^a: “Principios institucionales de los Planes...”, *op. cit.*, p. 354.

⁵²⁷ MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.^a: “Principios institucionales de los Planes...”, *op. cit.*, p. 350.

⁵²⁸ De ahí que quede reservada esta denominación de “planes de pensiones”, así como sus siglas, a los planes regulados por el TRLPFP (art. 1.2).

⁵²⁹ Como se sabe, con anterioridad existían otros instrumentos como las Mutualidades de Previsión Social, las Fundaciones Laborales, los fondos internos o contables de algunas empresas y ciertas modalidades de seguros sobre la vida que eran auténticos antecedentes o formas diferentes de articular fondos de pensiones (ANGULO RODRÍGUEZ, L.: “Los Planes y Fondos de Pensiones, *op. cit.*, p. 40).

⁵³⁰ Para SALVADOR PÉREZ “los planes de pensiones, individuales o colectivos, no son una novedad en la realidad española; la novedad estriba, precisamente, en esta nueva regulación específica, unificada y ciertamente incentivadora, con el objeto de otorgarles un ventajoso tratamiento fiscal y someterlos a ciertos controles administrativos” (“Las modalidades de previsión social voluntaria...”, *op. cit.*, p. 524). En definitiva, los Planes y Fondos de Pensiones no podían quedar “exclusivamente a los dictados de la autonomía de la voluntad o a la utilización forzada de instituciones previas insuficientes o anacrónicas y, por tanto, requerían una norma que abordara su naturaleza, definición y régimen jurídico” (CHARRO VALLS, J. M.: “Aspectos jurídicos e institucionales de...”, *op. cit.*, p. 394).

privado y complementario o no de aquéllas” (art. 1.2 TRLPFP y párrafo 2º del art. 2.1 RFPF). Por tanto, los caracteres técnico-jurídicos de los planes privados de pensiones son: su configuración como instituciones de previsión social, de carácter voluntario y libre, naturaleza jurídico-privada y su carácter complementario o no de la Seguridad Social, pero nunca sustitutivos del régimen público de protección.

Junto a estas características básicas, cabe señalar otras que se desprenden del régimen jurídico aplicable a estas instituciones. Así, el sometimiento a unos principios informadores esenciales –no discriminación, integración obligatoria, irrevocabilidad de las aportaciones, atribución de derechos y capitalización como único sistema financiero actuarial admisible-, la limitación de carácter anual de aportaciones a realizar al plan, la regla general de la iliquidez de los derechos económicos consolidados de los partícipes, la existencia obligatoria de una comisión de control encargada de la supervisión del plan, la titularidad de los recursos patrimoniales afectos al plan por parte de los partícipes, la delimitación cerrada de la lista de contingencias pensionables por el plan y, por último, un régimen de control e intervención administrativa que tiene como objetivo asegurar un adecuado desenvolvimiento del plan y evitar situaciones de insolvencia que pudieran amenazar el cobro efectivo de sus prestaciones (Exposición de Motivos de la originaria LPFP). En fin, se alude aquí a algunos de los elementos configuradores de los planes de pensiones, lo que no impediría añadir otros de especial relevancia.

Pero, en todo caso, lo que se trata de poner de manifiesto aquí es que mientras los caracteres apuntados en primer lugar –técnica de previsión, voluntariedad, privacidad, complementariedad y/o suplementariedad- conformarían el esquema básico y esencial de este mecanismo de protección, o lo que es lo mismo, su identificación institucional, el resto de rasgos caracterizadores simplemente se añaden como adjetivos a lo sustancial que es su caracterización como institución de previsión social de carácter voluntario y libre, de naturaleza privada y complementaria o autónoma del régimen público de Seguridad Social. Son, en definitiva, sus contornos precisos, sus caracteres esenciales, los que, a la postre, sirven para identificar a la institución como tal. Veamos pues, por separado, cada uno de ellos.

1. Los planes de pensiones como instituciones de previsión social

El plan de pensiones se puede encuadrar en el campo de la previsión, más específicamente en las técnicas de previsión y provisión. Éstas basan su funcionamiento en el hecho de considerar presentes las necesidades futuras de carácter económico y, con tal motivo, reservar medios para

poder afrontar esas necesidades o gastos futuros⁵³¹. Tradicionalmente, estas técnicas previsionales se han caracterizado por las siguientes notas: la tipificación previa de los riesgos o situaciones de necesidad objeto de cobertura así como de los sujetos beneficiarios de las medidas de protección, el carácter contributivo de la financiación y, finalmente, la adopción de garantías que sirvan para atender las prestaciones o ayudas comprometidas cuando tengan lugar las contingencias protegidas.

En este sentido, y en el marco de las características expuestas con anterioridad, podemos afirmar que los planes de pensiones son una técnica de previsión, en la medida en que tiene como finalidad la realización de una operación de provisión, de ahorro en el sentido técnico, para hacer frente a situaciones que se pueden dar en el futuro. En los planes de pensiones podemos apreciar las tres notas técnicas que configuran las técnicas previsionales. Por un lado, encontramos que la elaboración del plan exige la previa delimitación de las contingencias pensionables y de los beneficiarios de las prestaciones, a ello se refiere el art. 6.1.a) y e) TRLPFP cuando exige que los planes de pensiones deberán precisar su ámbito personal –promotores, partícipes y beneficiarios- y las prestaciones y normas para determinar su cuantía, respectivamente. Por tanto, el plan ha de servir de elemento definidor del derecho a las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales según las prestaciones comprometidas (arts. 1.2 TRLPFP y 2.1 RFPF). Por otro lado, los planes de pensiones se articulan sobre la base de un sistema técnico de provisión ya que lo que se pretende es disponer de los medios adecuados, a partir de las aportaciones de partícipes y, en su caso, de promotores, para hacer frente a los compromisos por pensiones objeto de cobertura. Así, se trata de un sistema próximo al ahorro en el que los sujetos implicados en el plan se comprometen a realizar aportaciones y/o contribuciones, con la particularidad de que dicho ahorro se invierte en el mercado de capitales al objeto de obtener los rendimientos necesarios con los que atender las prestaciones comprometidas. En definitiva, se reconoce en el plan de pensiones un sistema de financiación –autofinanciación por los propios interesados, tal y como indica el art. 8.3 TRLPFP- en el que a partir de las aportaciones y contribuciones realizadas se derivarán las prestaciones de los beneficiarios. Por último, en los planes de pensiones cabe reconocer un margen razonable de seguridad que es predicable de todo instituto de

⁵³¹ En general, la previsión supone una acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles de carácter social. Exige, por tanto, la concurrencia de dos operaciones anímicas: intelectual una, volitiva la otra. De un lado, requiere *pre-ver*, es decir, anticipar la visión de hechos futuros o captar intelectivamente la posibilidad de que acaezcan sucesos en el devenir del tiempo. Pero es más, no se trata de cualquier tipo de acontecimientos, sino de aquellos que pueden producir necesidades sociales en el individuo. De otro lado, junto a la visión anticipada, ha de darse necesariamente una actitud volitiva de disponer los medios o instrumentos suficientes y adecuados para evitar o superar las consecuencias de esos hechos futuros, es decir, *pro-veer* (ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho a la Seguridad Social (I)*, Madrid, Tecnos, 2.^a ed., 1977, pp. 42-43).

previsión. Así, el art. 8.1 TRLPFP alude a este aspecto al exigir que los planes de pensiones deban instrumentarse mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización al objeto de que se pueda producir una equivalencia entre las aportaciones y las prestaciones futuras de los beneficiarios. Asimismo, dichos sistemas deberán implicar la formación de fondos de capitalización, provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas suficientes para el conjunto de compromisos del plan (art. 8.1, párrafo 2º TRLPFP) e, incluso, deberá constituirse un margen de solvencia mediante las reservas patrimoniales necesarias para compensar las eventuales desviaciones que por cualquier causa pudieran presentarse (art. 8.1, párrafo 3º TRLPFP). En fin, el propio plan podrá contratar seguros, avales y otras garantías que considere oportunas para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o garantía de prestaciones (art. 8.2 TRLPFP).

Admitida la consideración de los planes como técnica de previsión, es el momento de abordar su problemática inscripción entre las modalidades de previsión de naturaleza colectiva o social. Y así, el eventual encuadramiento de los planes de pensiones entre las técnicas previsionales colectivas exige, en primer lugar, un análisis previo del contenido propio de la previsión social. En este sentido, se pueden apuntar los siguientes elementos configuradores esenciales del término “previsión social”. En primer lugar, se trata de una noción que trata de englobar tanto el conjunto de las técnicas indiferenciadas para abordar las necesidades sociales como las diferenciadas o específicas. En definitiva, el campo de la previsión social abarcaría los instrumentos específicos creados en el marco del reformismo social –fundamentalmente, los Seguros Sociales- y, posteriormente, con la consolidación del Estado Social –el sistema público, obligatorio y universal de Seguridad Social- y los mecanismos inespecíficos que surgen con la finalidad de atender cualquier tipo de necesidades de los individuos, y que generalmente son objeto de cobertura a través de los instrumentos voluntarios y de carácter privado –Mutualidades, Seguros y Planes y Fondos de Pensiones-. En segundo lugar, la previsión social no incluiría aquellas técnicas de autoprotección que pudieran dispensarse los propios beneficiarios, especialmente a través del ahorro privado, ya que se exige la mediación de terceros en lo que al esquema de funcionamiento de la medida de previsión se refiere⁵³². Y, en tercer lugar, la finalidad de las medidas incluidas en el campo de la previsión social debe ser la de atender necesidades sociales⁵³³. Así, el

⁵³² ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Hacia el derecho a la protección social”, en VV. AA. (López López, J. coord.): *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 34.

⁵³³ “El carácter de previsión social de los planes de pensiones estriba en que tienen por objeto de cobertura no de cualesquiera contingencias, sino específicamente de contingencias sociales; y más en

objetivo de las técnicas previsionales de carácter social debe servir para dar respuesta a riesgos o contingencias de los que se derivan una consecuencia dañosa evaluable económicamente⁵³⁴ y que el legislador español, comunitario e internacional, han terminado por identificar con aquellas que son cubiertas por el sistema público de protección⁵³⁵.

Caracterizada de este modo la previsión social, podemos afirmar que los planes de pensiones son perfectamente encuadrables en la misma, ya que cabe considerarlos como una técnica indiferenciada de protección que exige la intervención de un tercero distinto del propio beneficiario al objeto de prestar la cobertura correspondiente, siendo su finalidad la atender necesidades sociales –jubilación, invalidez, muerte y supervivencia- que del mismo modo son objeto de protección por el sistema público de Seguridad Social. Así, los planes de pensiones son técnicas previsionales inespecíficas o indiferenciadas ya que a diferencia de los mecanismos específicos su creación no se produce en el marco del Estado intervencionista y su implantación no tiene por objeto la atención de necesidades sociales típicas. Es ésta, en realidad, una clasificación histórica en la que se trata de evidenciar la existencia de dos períodos concretos de nuestra historia social, por un lado, la etapa correspondiente a la implantación de los Seguros Sociales, marcada por la existencia de diferentes instrumentos de protección de necesidades sociales, normalmente de origen voluntario y privados, frente a la etapa en la que se produce una organización colectiva y pública de la previsión a través de la creación de la Seguridad Social. Realmente dicha separación hoy, entre técnicas inespecíficas y diferenciadas, se ha visto superada por una visión mucho más imbricada entre los diferentes instrumentos que forman parte de ambos campos. De hecho, como ya se apuntó más arriba, el fenómeno de desbordamiento de la Seguridad Social junto con el protagonismo que adquieren en la actualidad los planes de pensiones han favorecido una reformulación de los términos históricos a través de los cuáles aglutinar el conjunto y variado panorama de los instrumentos de previsión social. De modo, que hoy se ha generalizado el uso del concepto de protección social en detrimento del de previsión social, entre otras razones, porque aún siendo ambos términos sinónimos, con esta separación conceptual se ha tratado de dar un salto histórico identificando la previsión social con la

concreto, de contingencias sociales pensionables” (MARTIN VALVERDE, A.: “Jurisprudencia social sobre planes...”, *op. cit.*, p. 14).

⁵³⁴ Sigue teniendo plena actualidad el análisis pormenorizado de los riesgos sociales y su clasificación realizado en la doctrina española por el profesor BORRAJO en el que realiza la siguiente enumeración de los mismos: “a) riesgos profesionales: accidente del trabajo, enfermedad profesional y paro involuntario; b) riesgos no profesionales: a’) de naturaleza biológica: enfermedad, maternidad, vejez, invalidez y muerte; b’) de naturaleza económico-social: obligaciones familiares” (BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Madrid, Aguilar, 1963, pp. 145-146).

⁵³⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social...*, *op. cit.*, p. 27.

etapa de los Seguros Sociales. En cambio, con la noción de protección social no sólo se quiere hacer referencia a la etapa correspondiente al sistema de Seguridad Social en contraposición a la del reformismo social, sino también a una nueva fase en la que se acentúa el papel de los instrumentos de protección social voluntarios, externos y privados.

Por otra parte, la calificación de los planes de pensiones como mecanismos inespecíficos de previsión social ha chocado frontalmente con la opinión del Tribunal Constitucional en la Sentencia 206/1997, de 27 de noviembre. Así, para el más alto Tribunal, con los planes de pensiones “nos encontramos ante un contrato de nuevo cuño de previsión colectiva” que, en modo alguno, se inserta en el bloque material de la previsión social, ya que no cabe identificarlos con las instituciones típicas de previsión social tradicionales en el modelo español, como son las Mutualidades de Previsión Social. El Tribunal Constitucional niega el carácter de instrumento de previsión social a los planes al asimilar aquélla con el Mutualismo y entender que no se dan en los planes los rasgos que sirven para caracterizar a las Mutualidades, ya que no aparece el sustrato organizativo característico de éstas en aquéllos, los planes y fondos están privados deliberadamente de personalidad jurídica y su financiación es completamente distinta. En definitiva, el intérprete constitucional califica a los planes de pensiones como una modalidad de ahorro de origen contractual que se aproxima en su modo de funcionamiento a los contratos de seguro, ya que, aún faltando uno de los elementos personales definitorios de esta clase de contratos, como es el asegurador, en ambos se persigue garantizar una prestación cuando se produzcan determinadas contingencias⁵³⁶.

Planteada, de esta forma la objeción que el Tribunal Constitucional realiza a la consideración de los planes de pensiones como instituciones de previsión social, parece aconsejable apuntar algunas razones en favor de su inclusión en dicho ámbito material. Por lo pronto, cabe estar de acuerdo con aquél en que los planes de pensiones son, en efecto, mecanismos novedosos nacidos en respuesta a las demandas sociales y a las que la Ley 8/1987 quiso dar una respuesta unitaria, otorgándoles un régimen jurídico uniforme y autosuficiente. De ahí que resulte especialmente problemática su equiparación con otras formas típicas de previsión colectivas, especialmente con las Mutualidades de Previsión Social. Éstas poseen una serie de características que no se ajustan adecuadamente al esquema institucional y organizativo de los planes, siendo el elemento diferenciador más importante el principio de autogestión de los recursos que subyace en las Mutualidades frente al de la gestión externa presente en los planes. En fin, resulta acertada la afirmación del Tribunal Constitucional de que los

⁵³⁶ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 6).

planes de pensiones no son Mutualismo, aún cuando se puedan reconocer en los primeros determinados aspectos mutualísticos, especialmente en el supuesto de los planes de pensiones del sistema de empleo o de carácter asociado. Sin embargo, estando de acuerdo con la consideración de que los planes no son Mutualismo, no creemos acertada la formulación de que aquéllos no puedan formar parte de la previsión social.

Precisamente es en este término, en el de previsión social, en el que se dan los principales problemas interpretativos a la hora de delimitar con claridad el ámbito material de los planes y fondos de pensiones. Y así, en la medida en que el Tribunal Constitucional no precisa con rigor cuál es el alcance del contenido de la previsión social, es lógico que se generen toda clase de dudas con respecto a la naturaleza jurídica de estos mecanismos. De hecho hay que resaltar tanto el concepto especialmente restringido que ofrece de la previsión social, afirmando que es su nota característica el que está integrada por técnicas específicas de tutela de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad en las que resulta determinante la acción de éstos –su iniciativa- y conecta directamente con técnicas protectoras de origen voluntario configuradas siguiendo la pauta de riesgos sociales típicos, con lo que a su juicio la previsión social no englobaría las técnicas de carácter obligatorio; como el uso de un concepto distinto al que tradicionalmente se ha venido manejando por la doctrina, ya que cuando nuestro más alto Tribunal alude a las técnicas específicas está remitiéndose a una concreta etapa histórica de la protección social en general, cuál es el de los Seguros Sociales, lo que contrasta con los mecanismos voluntarios a los que se refiere como parte integrante de la previsión social⁵³⁷.

Independientemente de esta delimitación que el intérprete constitucional realiza de la noción de previsión social, no pueden haber especiales obstáculos para considerar a los planes de pensiones como instituciones de previsión social o colectivas. Por un lado, porque aún cuando tradicionalmente se ha venido entendiendo que entre las formas típicas de la previsión colectiva cabía incluir únicamente a las Mutualidades y al seguro privado, es evidente que esta consideración era válida para una concreta etapa histórica de la protección de las necesidades sociales, la correspondiente a la fase anterior de la formación y consolidación del sistema de Seguridad Social. En la actualidad, nos encontramos ante una institución que compartiendo determinados rasgos de las Mutualidades y de los seguros constituye también una modalidad de previsión más, dado que comparte con éstas la idea de una visión anticipada de futuras necesidades sociales y de ordenación de medios para atenderlas. Con los planes de pensiones se consolida una figura jurídica que

⁵³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social...*, *op. cit.*, p. 33.

se presenta como un contrato de previsión en la medida en que con la formación de un ahorro se busca satisfacer necesidades sociales futuras. Del mismo modo, cabe apreciar de forma general el carácter social o colectivo de esta institución como modalidad de previsión, en cuanto que su instrumentación se realiza por un grupo colectivo de personas y con ella se trata de satisfacer situaciones de necesidad de una colectividad. Así, el carácter asociativo y de cooperación en la instauración de los planes está presente de forma más clara en las modalidades de empleo y de carácter asociado y no tanto en los individuales, pero en todos cabe apreciar un idéntico objetivo social consistente en garantizar unas prestaciones de carácter privado cuando acontecen determinadas contingencias o riesgos sociales. Pero, además, la incorporación de los partícipes a un Plan no sólo crea una situación jurídica asociativa acreditada por la comunidad de fin y convergencia de intereses sino también porque para atender las prestaciones comprometidas en el plan se exige una comunidad de riesgos, en definitiva, una dilución de las cargas liberadoras de las necesidades sociales entre todos los partícipes del plan.

2. La voluntariedad en los planes de pensiones

Los planes de pensiones son una de las posibles manifestaciones de la previsión social voluntaria. Como tales, representan una de las instituciones –contrato de previsión colectivo- que se le ofrece al ciudadano para hacer efectivo su derecho subjetivo –libertad- de complementación o suplementación de las prestaciones o asistencia públicas y ambos -negocio y derecho- derivan del reconocimiento jurídico de la autonomía privada. De modo que tanto el derecho subjetivo privado como el negocio jurídico están presididos por el principio de libertad y por la consiguiente autoresponsabilidad privada⁵³⁸. Por tanto, es la iniciativa particular y privada la que permite poner en funcionamiento el contrato de previsión predispuesto legalmente para encauzar los intereses legítimos, reconocidos por el orden jurídico, de alcanzar una protección complementaria o autónoma del sistema público de pensiones. En definitiva, los planes de pensiones son “instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad”⁵³⁹.

En el sistema legal de los planes y fondos de pensiones el reconocimiento de la voluntariedad como principio de constitución y de conformación de estas instituciones se da, como no podía ser de otra

⁵³⁸ Con el reconocimiento de la libertad constitucional de complementariedad de las pensiones públicas el ordenamiento jurídico resuelve el problema de proteger los intereses privados. Con el negocio jurídico – los planes y fondos de pensiones- soluciona el de ofrecer a la iniciativa individual el modo de desplegarse y actuar, modificando la posición de aquellos intereses, según las directrices que los particulares mismos juzguen más convenientes (BETTI, E.: *Teoría general del negocio...*, op. cit., p. 51).

⁵³⁹ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 5).

manera, en un doble plano jurídico. Por un lado, en el ordenamiento constitucional a través del inciso final del art. 41 CE, como garantía de libertad de acceso a las pensiones complementarias o suplementarias de los particulares. Al reconocerse que “la asistencia y prestaciones complementarias del sistema público de Seguridad Social serán libres”, se está garantizando el carácter voluntario de los regímenes complementarios, en contraposición con el carácter obligatorio que subyace en el sistema público de protección. Al mismo tiempo, y tal y como señalábamos en otro lugar, la nota de libertad de complementación voluntaria de las prestaciones de Seguridad Social no impediría una eventual constitución de regímenes complementarios debidos a la iniciativa pública ya que, tal y como se apuntó, el término “libres” se ha interpretado mayoritariamente como sinónimo de voluntario o facultativo. Del mismo modo, lo que no se admitiría es la obligatoriedad en el establecimiento de regímenes complementarios⁵⁴⁰. En todo caso, al optar el legislador por dar una lectura privatista al último inciso del art. 41 CE y favorecer el desarrollo de un nivel complementario libre pero de carácter externo al sistema público de Seguridad, la nota de voluntariedad ha quedado vinculada a las características propias del Plan de pensiones como negocio jurídico contractual⁵⁴¹.

Por otro lado, y como segundo orden jurídico-legal de manifestación de la voluntariedad de los planes, se debe mencionar al marco jurídico de ordenación de estas instituciones, el cuál ha querido destacar el carácter voluntario de estos regímenes privados de pensiones. Así, la Exposición de Motivos de la originaria LPFP los calificaba como “instituciones de previsión voluntaria y libre” y luego el art. 1.2 TRLPFP sigue reiterando que su constitución será voluntaria, de modo que legalmente se quiere dejar claro que la implantación de los planes de pensiones se deriva de la iniciativa de los particulares que en su deseo de obtener unas prestaciones a largo plazo complementarias o autónomas del sistema de Seguridad Social deciden impulsar su creación.

En cualquier caso, de este doble reconocimiento –constitucional y legal- del principio de libertad de los planes de pensiones tan sólo se obtiene una concreta manifestación de la voluntariedad presente en estas instituciones como rasgo caracterizador de las mismas⁵⁴². Realmente,

⁵⁴⁰ En definitiva, el criterio determinante para definir el carácter voluntario de la cobertura proporcionada por los regímenes complementarios en general descansa en la libertad de elección que disfruta el promotor para su constitución o no (TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension...*, *op. cit.*, p. 8).

⁵⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁴² Para MARTÍN VALVERDE, “la voluntariedad de los planes es predicable en un triple sentido. Son voluntarios primero en su constitución; en segundo lugar, en la determinación de las aportaciones que a ellos se hacen; y también, en el supuesto de planes de pensiones en los que los sujetos constituyentes no coinciden con los partícipes, en el reconocimiento a estos últimos de un derecho individual de adhesión o libre aceptación” (“Jurisprudencia social sobre Planes...”, *op. cit.*, p. 14).

cuando el art. 1.2 TRLPFP alude a que los planes deben quedar “constituidos” voluntariamente lo hace desde una perspectiva institucional⁵⁴³, haciendo referencia al modo en que debe quedar instituido el régimen o sistema de pensiones complementarias, lo que significa que su creación será fruto de un acto o negocio jurídico emanado de la autonomía privada. De modo que junto a esta vertiente constitutiva de la voluntariedad, referida a la libre implantación y configuración flexible del plan, habría que añadir otra de carácter individual, que haría alusión a aquéllos otros aspectos de la institución de previsión en los que entra en juego la libertad desde una perspectiva puramente subjetiva. En concreto, nos referimos al modo en que el sistema legal de los planes de pensiones regula jurídicamente una eventual libertad individual del partícipe como manifestación del principio de voluntariedad de estas instituciones. Así, conviene detenernos en ambas dimensiones –la institucional y la individual- y hacer notar el conjunto de aspectos a través de los cuáles se manifiesta el principio de libertad.

Nos acercaremos, en primer lugar, al elemento constitutivo o fundacional del plan de pensiones para subrayar, al menos, tres posibles manifestaciones de la dinámica institucional de los regímenes privados de pensiones, a saber: la diversidad constitutiva de los planes de pensiones según sea la modalidad del mismo, ya individual, profesional o asociado; la problemática vinculación –obligatoria o voluntaria- de las empresas incluidas en un convenio colectivo supraempresarial que ha adquirido el compromiso de creación de un plan y, finalmente, la remisión que la normativa realiza a la autonomía privada a la hora de establecer los elementos configuradores de dicho plan, señaladamente en lo que a la determinación de las aportaciones a realizar se refiere. Son aspectos éstos que simplemente se dejarán anotados aquí para, con posterioridad, tratarlos con profundidad en otros apartados.

Con respeto a la primera cuestión, hay que hacer notar que la instauración voluntaria de los regímenes complementarios de protección social se va a caracterizar por la diversidad de formas constitutivas según nos encontremos con uno u otro tipo de planes. Repárese que en los planes de pensiones individuales la creación de los mismos se debe a la iniciativa unilateral de las entidades de carácter financiero, de modo que no cabe identificar en esta modalidad una posible coordinación inicial con los potenciales partícipes al objeto de instaurar el plan de previsión⁵⁴⁴. Al

⁵⁴³ Dimensión que fue apuntada tempranamente por MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 40, 1989, p. 595.

⁵⁴⁴ Así, el art. 47.2 RFPF indica que el promotor del plan de pensiones individual elaborará el proyecto de especificaciones del plan, procediendo a su presentación ante el fondo de pensiones en que pretenda integrarse. Una vez admitido el plan en el fondo correspondiente, podrá hacerse efectiva la incorporación de partícipes al plan (art. 47.3 RFPF).

contrario, los planes de pensiones del sistema de empleo y los de carácter asociado sí ofrecen un perfil constitutivo distinto, los primeros, por cuanto legal y reglamentariamente se ha predispuesto un procedimiento de promoción y aprobación conjunta del plan (art. 27 RPPF) y los segundos, porque aún cuando no hay una referencia explícita en el TRLPFP ni en el RPPF a un acto de constitución coordinado entre promotor y potenciales partícipes, lo cierto es que no resulta difícil imaginar que esta actuación conjunta en la promoción del plan se dará, sin lugar a dudas, dada la naturaleza asociativa de las entidades promotoras.

Por otro lado, el modo en que se manifiesta el principio de libertad en su dimensión institucional en el ámbito de los planes de pensiones encuentra especial trascendencia en los de la modalidad del sistema de empleo. La importancia de este aspecto en el campo concreto de los planes constituidos en el marco profesional tiene su razón de ser en que dicho principio –el de libertad-voluntariedad- se ha de desarrollar en el ámbito de las relaciones laborales, en las que se reconoce la tutela de un interés colectivo. De modo que en el ámbito empresarial el plan de pensiones puede surgir en el marco de la negociación colectiva, lo que sin desvirtuar la nota de voluntariedad presente en los planes ya que es la autonomía privada negocial de los actores sociales la que sirve para instaurar el contrato colectivo de previsión, sí permite plantear un aspecto especialmente significativo desde el punto de vista institucional: nos referimos a la existencia de compromisos de creación de planes de pensiones surgidos de convenios de ámbito superior a la empresa. En estos casos, en el que la decisión de instituir el plan de pensiones ha sido tomada por un convenio colectivo supraempresarial, cabe plantearse si las empresas incluidas en el campo de aplicación del mismo quedan automáticamente integradas en el plan o éstas tienen un eventual derecho de adhesión u oposición individual. En definitiva, y sin perjuicio de su posterior análisis en otro momento, lo que se trata de dilucidar ahora es si la voluntad de constitución de un plan puede ser adoptada por una instancia superior a la empresarial. Y así, habría que adelantar como posible respuesta inicial que esto será posible ya que el sistema legal (TRLPFP) viene a reconocer a lo largo de su articulado que el ejercicio de la facultad de constitución de los planes de pensiones profesionales por parte de las empresas no debe tener necesariamente carácter individual⁵⁴⁵.

En tercer lugar, en el aspecto institucional de los planes de pensiones cabe preguntarse acerca del modo en que se manifiesta la autonomía de los sujetos constituyentes en la concreta configuración de las condiciones

⁵⁴⁵ Como apunta SUÁREZ CORUJO, este aspecto se confirma expresamente en el art. 4.1.a) TRLPFP al prever la promoción conjunta de un plan de pensiones por varias empresas que tengan asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva empresarial (*Los planes de pensiones del sistema...*, *op. cit.*, p. 337).

contractuales del sistema de previsión a instituir. Y así, el régimen jurídico de los planes de pensiones se caracteriza por otorgar a las partes contratantes un amplio espacio de libertad a la hora de determinar las especificaciones de estos instrumentos protectores. En definitiva, esta flexibilidad⁵⁴⁶ a la hora de fijar las cláusulas contractuales se hace patente en innumerables aspectos: desde el modo en que se va a financiar el plan, para el caso de los planes de pensiones del sistema de empleo, lo que exige determinar que sujetos realizarán aportaciones y en qué cuantía, hasta la elección de las contingencias objeto de cobertura, así como del tipo de prestaciones a satisfacer. Se trata tan sólo de algunos aspectos destacables de la libertad de configuración predicable de los planes y fondos de pensiones.

Finalmente, convendría apuntar también, aunque fuera someramente, el conjunto de las implicaciones que tiene la dimensión individual de la nota de la voluntariedad reconocible en los planes, y ello sin perjuicio de que más adelante se realice un análisis más detenido de las cuestiones que se van a mencionar. Y así, el primer aspecto a subrayar es el relativo al reconocimiento de un “derecho de adhesión individual”⁵⁴⁷ que, de forma generalizada y para todas las modalidades de planes, realiza el sistema legal y ello, incluso, cuando la fuente creadora del contrato de previsión, para el caso de los planes profesionales, se encuentre en la negociación colectiva y se haya previsto la vinculación directa de los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de la norma colectiva de eficacia personal generalizada (art. 4.1.a) TRLPFP). Se plantea, de esta forma, la posibilidad de que aún cuando la afiliación a un plan se haya impuesto colectivamente, ya que así lo prevé el art. 4.1.a) TRLPFP, se garantice, del mismo modo, un derecho de oposición del trabajador individual, cuestión que tendrá lugar en muy contadas ocasiones y tan sólo cuando haya un interés en no incorporarse al plan debido a la imposición de unas obligaciones de financiación inasumibles para el trabajador. En todo caso, y tal y como se verá más adelante de forma pormenorizada, el

⁵⁴⁶ Destacada por GARCÍA MURCIA, J.: “El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 197. Para ROMERO BURILLO habría un doble fundamento sustentador de esta flexibilidad: a) Un fundamento jurídico, que deriva de la naturaleza contractual que tiene un Plan de Pensiones, y que engarza con el protagonismo que en este ámbito debe jugar la autonomía de la voluntad de las partes, la cuál no sólo se manifiesta en el momento previo y simultáneo a la formalización del contrato, sino también en el momento de fijar sus cláusulas contractuales; b) Un fundamento político que enlazaría con el interés que han manifestado los poderes públicos por fomentar técnicas de previsión de carácter voluntario, de tal manera que se considera que la existencia de una normativa flexible al respecto puede servir para incentivar su implantación (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 154-155).

⁵⁴⁷ Realmente, el que la prestaciones complementarias se fundamenten sobre el principio de voluntariedad, que no de la obligatoriedad, de la adhesión al Plan y Fondo de pensiones ha sido la solución adoptada de forma mayoritaria por casi todos los países de la Unión Europea, sin perjuicio de la existencia de algunos regímenes complementarios de carácter obligatorio (BOZZAO, P: “La previdenza complementare”, en VV. AA. (Pessi, R. dir.): *La riforma del sistema previdenziale*, Padua, CEDAM, 1995, p. 385).

reconocimiento del derecho de adhesión individual en el ámbito de los planes profesionales instituidos por un convenio colectivo tiene importantes elementos a considerar, en la medida en que con la solución legal adoptada se plantea un difícil equilibrio entre la tutela de los intereses colectivos e individuales.

Por otro lado, la existencia de un eventual principio de libertad individual en el marco de los planes de pensiones en general, no sólo se da con ocasión del derecho de adhesión reconocido legalmente, sino también en la posibilidad que los participantes de un plan tienen de modular las condiciones de vinculación a éste según sus intereses. Se trataría de comprobar en qué medida la voluntariedad reconocida como rasgo caracterizador de los planes se puede manifestar en un eventual reconocimiento al partícipe de una autonomía individual capaz de otorgarle una facultad de configuración de cláusulas contractuales particulares. Aún cuando se trata de un tema que también se abordará más adelante, conviene apuntar en principio que esto es especialmente problemático en el caso de los planes del sistema de empleo, ya que legalmente no se puede inferir de forma taxativa un reconocimiento explícito de tal facultad, lo que, por otro lado, no podía ser de otra manera atendiendo a la amplia libertad que el TRLPFP deja a los sujetos constituyentes a la hora de configurar el sistema de previsión adoptado. Precisamente, será en el marco de las especificaciones de los planes de pensiones donde pueda cobrar especial relevancia la autonomía individual, ya que será el reglamento del plan el que se encargará de limitar o ampliar el margen de actuación de los partícipes. Como se verá más adelante, la posibilidad de realizar aportaciones voluntarias que puedan dar lugar a un incremento de las prestaciones futuras comprometidas o la concreción del modo de disfrute de las pensiones, ya en forma de capital o ya en la modalidad de renta, así como otras tantas materias, son cuestiones que remiten al reglamento del plan, que deberá pronunciarse en favor de la autonomía individual, con lo que dejará en manos de los particulares la posible modulación de sus condiciones de vinculación allí donde se lo autorice el sistema legal, o por contra en favor del establecimiento de un régimen protector homogéneo en el que el margen de actuación individual se vea fuertemente limitado.

3. El carácter privado de los planes de pensiones como rasgo estructural

El sistema legal de los planes de pensiones se caracteriza por su carácter netamente privado. Se trata de un aspecto estructural del régimen de pensiones instituido por la ya derogada LPFP (Ley 8/1987) y mantenido actualmente por el TRLPFP. Un elemento que se incorpora a la ordenación jurídica de este contrato colectivo de previsión, al otorgar el legislador la naturaleza de privadas a las pensiones comprometidas en un plan. Así, el

art. 1.2 TRLPFP indica que constituidos los planes, sus prestaciones no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas”. En todo caso, hay que advertir que el carácter estrictamente privado del sistema de planes y fondos de pensiones no se puede inferir únicamente de la expresión legal antes comentada. Aún cuando el art. 1.2 TRLPFP se enmarque bajo el título de la naturaleza de los planes de pensiones, realmente no es suficiente esta enunciación legal para obtener una caracterización técnico-jurídica de los planes como instituciones privadas de previsión.

Así, la naturaleza privada predicable del régimen de prestaciones complementarias o autónomas que se puede establecer con un plan de pensiones, se puede derivar de tres aspectos fundamentales: el primero de ellos hace referencia, de nuevo, al elemento genético y fundacional de estos sistemas de previsión; el segundo, remitiría a la estructura de financiación y gestión de estas instituciones y, finalmente, el carácter privado de un sistema protector se infiere del esquema de prestaciones dispensadas por el mismo. Pues bien, pocas dudas ofrece la primera cuestión apuntada a la hora de valorar adecuadamente el carácter privado de los planes de pensiones, ya que como se apuntó más arriba el acto de creación de los mismos se debe a la autonomía privada, por lo que siendo el impulso de los particulares lo determinante a la hora de constituir estos sistemas de previsión, lógico es que su naturaleza se haga derivar de este rasgo definidor. Pero, además, los planes de pensiones, tal y como están diseñados legalmente, son objeto de gestión a través de entidades privadas y externas a los sujetos constituyentes. Por tanto, son mecanismos privados porque su administración y gestión se lleva a cabo a través de empresas, entidades financieras o aseguradoras (art. 20 TRLPFP), lo que significa que no puede haber una intervención pública en la gestión de estos mecanismos. Finalmente, las prestaciones dispensadas por el esquema protector de estas instituciones voluntarias de previsión son de naturaleza privada, y ello porque expresamente así se reconoce en el art. 1.2 TRLPFP, al que se ha aludido ya, pero también porque esa es la función que le ha querido atribuir el sistema legal. En efecto, cuando el legislador alude al carácter privado de las prestaciones a dispensar por los planes lo que pretende es instituir una modalidad de previsión social basada en la lógica contractual y privada. Su finalidad es ofrecer a los particulares un instrumento de protección capaz de garantizar prestaciones que no pueden integrar en el núcleo institucional del sistema de Seguridad Social. Podrán ser complementarias del sistema público de protección pero no podrán obtener el calificativo de pensiones públicas, porque las mismas son expresión del principio de autonomía contractual ex art. 1255 CC. y únicamente otorgan un derecho de crédito privado. La caracterización

privada de las prestaciones comprometidas en los planes a partir de la función otorgada por el sistema legal resulta mucho más apropiada que el criterio comúnmente utilizado de inferir la naturaleza de la prestación, pública o privada, a partir de la fuente de financiación, máxime cuando en el campo de los regímenes privados de pensiones se ha admitido legalmente la posibilidad de que las Administraciones Públicas actúen como entidades promotoras de planes del sistema de empleo y puedan realizar aportaciones al mismo⁵⁴⁸.

De lo dicho hasta aquí se puede advertir que el sistema legal de planes y fondos de pensiones ha querido resaltar el carácter privado de estas instituciones a partir de los tres aspectos antes apuntados. Es evidente que la previsión legal contenida en el art. 1.2 TRLPFP es la que ha actuado con mayor intensidad en favor de la consideración de los planes como fórmulas privadas de protección. Asimismo, esta concreta configuración de los planes como mecanismos privados de protección se ha demostrado especialmente útil no sólo como elemento definidor de los rasgos estructurales de esta institución sino también para obtener otras inferencias de especial significación. Por un lado, el carácter privado de los planes ha servido para realizar una clara separación del sistema de Seguridad Social - de carácter público, mínimo, obligatorio y suficiente de protección- con respecto al de los planes de pensiones- de naturaleza privada, voluntario y de lujo-. Del mismo modo, esta naturaleza privada de los planes de pensiones ha permitido también delimitar con nitidez el papel que juega el Estado con respecto a las pensiones privadas en general, el cuál se caracteriza por realizar una doble función reguladora y de supervisión del sistema. Y, por último, la configuración de los planes como instrumentos de previsión alejados del sistema público y gestionados por entidades privadas y externas también se ha demostrado pertinente para subrayar la separación de éstos con respecto a la figura de las mejoras voluntarias.

Con respecto a la primera cuestión apuntada, cabe decir que el sistema legal de los planes y fondos de pensiones es especialmente contundente a la hora de situar fuera del sistema público de pensiones a las prestaciones que otorgan los regímenes voluntarios. El TRLPFP establece de forma expresa una clara separación entre las pensiones de naturaleza privada comprometidas en un plan y las ofrecidas por el sistema de Seguridad Social. Es más, el art. 1.2 TRLPFP ordena que las pensiones de un plan no sólo tendrán el carácter de privadas sino que, además, no podrán ser sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, delimitando, de esta forma, las fronteras de lo público y lo privado en el sistema de protección social general. Esta línea de demarcación que establece el TRLPFP entre el sistema público de

⁵⁴⁸ MONEREO PÉREZ. J. L.: “El marco de referencia de los Planes de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 11.

protección y los regímenes privados de pensiones es especialmente importante ya que en ocasiones las pensiones privadas suelen actuar como complementarias de los sistemas públicos integrándose en la acción protectora de la Seguridad Social. En este caso, el legislador lo que ha querido es resaltar que la acción protectora de los planes de pensiones debe quedar encuadrada en el ámbito de la autonomía privada⁵⁴⁹.

De lo anterior se deduce otro aspecto de especial trascendencia: nos referimos al hecho de que de la naturaleza jurídico-privada de los planes se infiere el papel limitado que va a jugar el Estado en la ordenación de las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes en esta modalidad de previsión social. Es evidente que la actuación pública del Estado se va a circunscribir a cumplir con dos funciones primordiales: una, reguladora, consistente en poner a disposición de los particulares el marco normativo de establecimiento y desarrollo de estos instrumentos de protección y, otra, de supervisión, en la que el Estado impone una serie de exigencias y controles administrativos con la finalidad de garantizar un correcto funcionamiento del sistema.

Con respecto a la primera de las funciones que cumple el Estado, conviene recordar que dicho marco legal predispuesto por el legislador se ha caracterizado por la amplia libertad con la que cuentan los particulares a la hora de definir las especificaciones contractuales del plan. Una regulación legal que, además, estimula el acceso de los particulares a estos mecanismos a través de la aplicación de un tratamiento fiscal ventajoso. En todo caso, la autonomía privada de los sujetos constituyentes del plan se va a ver limitada únicamente por el reflejo en la normativa de un decisivo intervencionismo de orden social. En concreto, se trata de restricciones a la libertad de los particulares que encuentran su justificación en la finalidad previsora y social que tienen estos instrumentos de protección, a saber: el principio de no discriminación, la limitación de aportaciones, la constitución de una comisión de control, la irrevocabilidad de las aportaciones del promotor, etc. De nuevo, siguiendo a RADBRUCH, estaríamos en este caso ante una ordenación social del derecho, de “penetración mutua del derecho privado con el público”⁵⁵⁰.

En segundo lugar, se ha señalado que el Estado se encarga del establecimiento de un minucioso sistema de intervencionismo público de carácter fiscalizador. Precisamente, con respecto a este control

⁵⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 610.

⁵⁵⁰ Y es que “por detrás de las relaciones jurídicas de los individuos y de las personas privadas que en ellas participan surge como tercero y supremo interesado la gran figura de la sociedad organizada, del Estado, observando, pronto a la intervención o interviniendo frecuentemente, que también la más privada de las relaciones jurídicas ha de concebirse no sólo como un asunto de las personas que en ella participan, sino también como un asunto social, es decir, como una relación de derecho público” (RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Edición y Estudio Preliminar La Filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 1999, p. 163).

administrativo conviene apuntar que con esta supervisión estatal no se pretende desdibujar el principio de autonomía contractual de las partes contratantes de un plan pero tampoco inferir de la misma una eventual responsabilidad patrimonial subsidiaria de la Administración del Estado. Esto último, confirmado legalmente por el art. 11.3 TRLFPF, refuerza todavía más si cabe la naturaleza jurídico-privada de los planes ya que se deduce “el deseo explícito del poder público de evitar cualquier responsabilidad patrimonial del Estado respecto a una eventual insolvencia de los Fondos de Pensiones”⁵⁵¹.

Finalmente, nos interesa acabar este epígrafe señalando que del carácter privado de los planes de pensiones, remarcado expresamente en el art. 1.2 TRLFPF, se infiere todo un proceso de reconducción de las anteriores fórmulas de protección social complementaria –mejoras voluntarias- hacia el esquema privatista y de gestión externa de los planes. Aún cuando ya se ha aludido a esta cuestión con anterioridad, resulta interesante remarcar este aspecto en estos momentos ya que el otorgamiento de naturaleza privada a la figura de los planes por parte del ordenamiento jurídico y su no asimilación/integración en la acción protectora del sistema de Seguridad Social supone marcar unas diferencias notables entre las mejoras voluntarias y los planes de pensiones. En concreto, y para los planes de pensiones del sistema de empleo, hay que reseñar lo comentado más arriba acerca de la incompatibilidad del régimen jurídico de las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social con respecto al de los planes de pensiones. Las primeras, aún cuando surgen de la iniciativa privada se integran, aunque matizadamente, en la acción protectora del sistema público de protección. Los segundos, tienen naturaleza privada y sus prestaciones, en modo alguno, asumen los caracteres de las ofrecidas por el sistema de Seguridad Social. Pero además, al imponer el legislador la obligación de externalizar los compromisos por pensiones de las contingencias previstas en el art. 8.6 TRFPF a través de las figuras de los planes de pensiones y contratos de seguro, no sólo está determinando una forma de gestión al modo cómo antes se entendía al amparo del art. 193 TRLGSS, sino que con ello se pretende transformar las mejoras que instrumentaban este tipo de pensiones en prestaciones de naturaleza estrictamente privada. En suma, el carácter privado de los planes confirma, de un lado, la superación de una etapa histórica caracterizada por la integración de los regímenes complementarios vía mejoras voluntarias en el sistema público de protección, y de otro, la orientación de los esfuerzos de previsión de los particulares hacia la consecución de prestaciones complementarias de naturaleza privada y externas al sistema de Seguridad Social.

⁵⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit, p. 293.

4. El carácter no sustitutivo y la complementariedad eventual de la acción protectora de la Seguridad Social

Otra de las características de los planes de pensiones aparece enunciada en el art. 1.2 TRLFPF al establecer que “sus prestaciones no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas”⁵⁵². De este modo, el TRLFPF ha querido delimitar negativa y positivamente el ámbito funcional de los regímenes voluntarios de previsión de carácter privado, ya que con este precepto se señala el papel que no puede jugar un plan de pensiones –no será sustitutivo del sistema público de protección- y el espacio que puede ocupar en el modelo legal de protección social –será complementario o no de la Seguridad Social-. Por tanto, independientemente de la función real que puedan desempeñar los planes de pensiones, lo cuál dependerá de los sujetos constituyentes del régimen de previsión correspondiente, lo que parece claro es que éstos guardan una conexión funcional con el sistema público de Seguridad Social. Por un lado, por cuanto su ámbito concreto de actuación siempre deberá tener en cuenta el espacio reservado para la Seguridad Social, el cuál no podrá invadir. Y por otro, su eventual vinculación con la Seguridad Social será más intensa cuando a la hora de definir las prestaciones a dispensar por el régimen complementario, éste tenga como referencia el sistema público protector. Así, habrá que definir, en primer lugar, que significado cabe otorgarle al hecho de que las pensiones privadas no actúen como sustitutivas de las preceptivas de la Seguridad Social, para, a continuación, abordar las posibles funciones a desempeñar por los planes de pensiones.

En este sentido, lo primero que debemos resaltar es que cuando el art. 1.2 TRLFPF alude a la imposibilidad de que las prestaciones comprometidas en los planes puedan actuar como sustitutivas de las ofrecidas por el régimen correspondiente de la Seguridad Social lo hace para dejar constancia de que los regímenes privados de pensiones no pueden invadir el espacio vital reservado a la protección dispensada por la Seguridad Social⁵⁵³. Espacio diseñado por la Constitución Española, en su art. 41, al exigir de los poderes públicos un esfuerzo en orden a mantener un régimen público de Seguridad Social, lo cuál ha sido interpretado por el

⁵⁵² Por otra parte, el art. 2.1 RFPF reitera el carácter no sustitutivo de las prestaciones comprometidas en un Plan con respecto a las que se pudiera tener derecho en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, así como la relación de complementariedad que pueden tener aquéllas con respecto a éstas.

⁵⁵³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre la caracterización jurídica de los planes privados de pensiones (en especial de los planes del sistema de empleo)”, *Temas Laborales*, núm. 16, 1989, p. 83. Ello no impediría el desarrollo de otros escenarios donde el desarrollo de los sistemas privados de pensiones pudiera dar a lugar a la sustitución, total o parcial, de las pensiones públicas, tal y como indica GARCÍA VIÑA, J.: *Los planes y fondos de pensiones. Elementos clave de previsión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 55.

Tribunal Constitucional en la idea de que los poderes públicos están obligados a preservar a la institución de la Seguridad Social “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”⁵⁵⁴. Y a los poderes públicos corresponde conservar los elementos que a lo largo de su evolución histórica permite reconocer nuestro sistema de Seguridad Social. Sistema que es público y, por consiguiente, de titularidad estatal y es al Estado al que corresponde la asunción de los aspectos básicos de funcionamiento del mismo, lo que a la postre se traduce en la imposibilidad de transferir a la iniciativa privada elementos esenciales que permitan no reconocer a la Seguridad Social como tal.

El carácter no sustitutivo de las prestaciones que otorga un plan de pensiones tendría otra aplicación en la práctica, ya que dicho plan nunca podrá suponer ni la exención de afiliación ni tampoco la liberación de cuotas de los sujetos comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social⁵⁵⁵. Así habrá que entenderlo de acuerdo con la Recomendación número 203 del Informe de la OIT de 1984, sobre la Seguridad Social frente a los cambios económicos y sociales, que aconseja “que no se permita la exención de afiliación a los regímenes públicos a fin de evitar la sustitución del régimen público por el privado”.

Por último, del mismo modo que se reconoce un ámbito funcional que le es propio al sistema público de Seguridad Social y en el que los planes de pensiones no van a poder intervenir con carácter sustitutivo, el art. 1.2 TRLPFP realiza un reconocimiento de la compatibilidad de las pensiones públicas con respecto a las de origen privado. Así, en el ámbito genérico de la protección social ambos mecanismos tienen cabida como instrumentos idóneos para atender situaciones de necesidad socialmente relevantes. Indudablemente, la relación que se establezca entre ambas medidas de protección es una cuestión que se conecta con el modelo de protección social a construir, lo que al mismo tiempo remite a la segunda de las cuestiones planteadas, en concreto, al tipo de función -complementaria o no- a desempeñar por los planes de pensiones.

Y así, decíamos que el plan de pensiones podrá ser complementario⁵⁵⁶ o no del régimen público de Seguridad Social. De ahí que podamos afirmar de entrada que los mecanismos privados de previsión, entre ellos los planes de pensiones, podrán situarse al lado de los sistemas públicos

⁵⁵⁴ STC 37/1994, 10 febrero (FJ 4).

⁵⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre la caracterización jurídica...”, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁵⁶ Con la expresión “complementaria” se está haciendo referencia a: “a) algo que ostenta un lugar secundario respecto de algo, principal que es precisamente aquello que complementado; en caso contrario la formulación sería la inversa; b) la acción de complementar significa hacer integra o perfecta otra cosa, pero sobre la base de que lo complementado es autónomo, bastante suficiente a se; c) lo complementario es, por contra adicional, meliorativo, un plus sobre algo con entidad y sustancia propia en relación a un objetivo idéntico” (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La configuración constitucional de la Seguridad...”, *op. cit.*, pp. 281-282).

completándolos o integrándose⁵⁵⁷ en ellos con la idea de alcanzar un nivel protector determinado, o, por el contrario, quedarse al margen del régimen público de protección otorgando una serie de prestaciones que juegan con independencia absoluta con respecto a la acción protectora pública. En este sentido, lo que demuestra la complementariedad, en caso de darse, es que el establecimiento de las prestaciones por parte de los mecanismos privados de previsión se hace teniendo en cuenta la existencia de una protección básica dispensada por un régimen público.

Por tanto, desde un punto de vista funcional, los planes de pensiones desempeñarían dos cometidos posibles, ambos señalados por el art. 1.2 TRLPFP, a saber: por un lado, una función complementaria, en la que se podría distinguir una complementariedad en sentido amplio de otra en sentido estricto⁵⁵⁸; y otra, de carácter suplementaria/autónoma/independiente. Y así, la complementariedad en sentido amplio tendría lugar cuando la protección dispensada por el plan de pensiones toma como referencia el sistema público de pensiones –su ámbito objetivo y subjetivo– pero no hay una identificación total entre la prestación ofrecida por el régimen privado de previsión y la otorgada por el sistema de Seguridad Social, ya que ambas siguen una dinámica prestacional propia. Por su parte, la complementariedad en sentido estricto correspondería a aquella situación en la que las pensiones privadas se conectan con las preceptivas del sistema público en cuanto que ambas siguen la misma suerte al coincidir en sujetos protegidos, al cubrir las mismas situaciones de necesidad y otorgar prestaciones de idéntica naturaleza. Por último, los planes de pensiones pueden otorgar prestaciones autónomas/independientes de las dispensadas por el sistema de Seguridad Social, lo cuál se producirá cuando la configuración de las pensiones privadas se realice con total desconexión del esquema protector y la dinámica prestacional del sistema de pensiones públicas.

⁵⁵⁷ Los métodos más usuales de integración de los planes de pensiones con respecto a la Seguridad Social son dos: el de compensación en la base, de manera que las pensiones privadas se calculan sobre el exceso, si lo hubiere, del salario final de un trabajador sobre el salario regulador de la Seguridad Social que le corresponda, y, el segundo, denominado de compensación en la prestación, consistente en deducir la pensión de Seguridad Social de la pensión integrada que el plan prometa; la resultante será la prestación que efectivamente pagará el plan (HERCE, J. A.: “Fondos de pensiones: comparación internacional y desarrollos recientes en España”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 37, 1988, pp. 54-55).

⁵⁵⁸ Como indica SALVADOR PÉREZ, los regímenes voluntarios de previsión toman como punto de referencia el ámbito personal de los regímenes públicos obligatorios. Y así, para este autor, “la complementariedad viene a ser un género que admite varias especies; en un sentido amplio, hace referencia al conjunto de fórmulas concurrentes y superpuestas a la protección obligatoria, que tienen por objeto dispensar unas rentas adicionales o suplementarias mediante prestaciones y sobre contingencias que no coincidan necesariamente con las previstas por el régimen obligatorio. En un sentido más restringido, la noción de protección complementaria se reserva para aquellas otras fórmulas que dispensan rentas adicionales cubriendo las mismas contingencias y que utilizan el mismo esquema de prestaciones que el sistema básico al que complementan” (“Las modalidades de previsión social...”, *op. cit.*, pp. 515-516).

Finalmente, cuando el TRLPFP alude a que las prestaciones que otorgue un plan podrán ser complementarias o no del sistema de la Seguridad Social, está poniendo de relieve también los distintos modos de cuantificación de las pensiones privadas, de manera que a la hora de determinar el cálculo de las pensiones comprometidas en el plan, éste podría tener como referencia o no el sistema público de pensiones. En el primer caso, se trataría con el plan de pensiones de alcanzar una pensión proporcional a las rentas salariales que se venían percibiendo en conexión con la tasa de sustitución del sistema público de protección, y en el segundo, la obtención de la prestación asociada al plan no tiene en cuenta la protección dispensada por la Seguridad Social y es fruto, sin más, de las aportaciones y de los rendimientos obtenidos de los fondos. El primer supuesto se dará, sobre todo, en el supuesto de los planes de prestación definida ya que habitualmente la cuantía de la pensión comprometida en el plan se fija en función de la dispensada por la Seguridad Social⁵⁵⁹.

En este sentido, y aún cuando el TRLPFP admite tanto la relación de complementariedad y/o suplementariedad, si se tiene por objeto garantizar una tasa de reemplazo próxima a la renta percibida en activo y no cubierta íntegramente por el régimen público, como la relación de autonomía o independencia con respecto a la acción protectora del sistema público, lo cierto es que de la práctica negocial evidenciada hasta el momento como del propio régimen legal se puede deducir una voluntad manifiesta de que las prestaciones previstas cumplan una función de complementariedad, en sentido amplio, de las del sistema público. Con respecto a la norma legal, ésta delimita el ámbito objetivo de cobertura de las pensiones privadas – contingencias- sobre la acción protectora del sistema público (art. 8.6 TRLPFP). Hay una clara remisión a este sistema en cuanto a la concreta delimitación de las contingencias, circunscribiéndose, en lo sustancial, a las pensiones contributivas previstas en el sistema público de Seguridad Social, y más en particular a su rama de pensiones. En todo caso, la complementariedad, en general, se hará más intensa para el supuesto de los planes de pensiones del sistema de empleo, habida cuenta de que en esta modalidad hay una identificación de los colectivos protegidos –ámbito profesional- con respecto a las prestaciones contributivas dispensadas por el sistema público de protección. Cuestión distinta son los planes del sistema individual o los de carácter asociado, donde es más probable que las pensiones privadas se determinen con absoluta independencia del sistema de Seguridad Social.

⁵⁵⁹ MORENO ROYES, F.; SANTIDIRIÁN ALEGRE, J. y FERNANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 29.

V. EL INSTRUMENTO DE INVERSIÓN Y AHORRO: EL FONDO DE PENSIONES

Decíamos más arriba que planes y fondos de Pensiones conforman un único sistema de previsión social. El plan representa el esquema contractual de referencia que sirve para definir las prestaciones a garantizar y las obligaciones de contribución. El fondo es el encargado de recibir las aportaciones y contribuciones dispuestas por el plan al objeto de proceder a su conservación, así como a su inversión en el mercado de capitales. Ambos cumplen cometidos distintos, pero ambos resultan necesarios para que se de el programa de previsión colectivo representado por esta modalidad de protección social voluntaria. Sin plan no existirá el acto fundacional del sistema de previsión, ni el acuerdo contractual necesario que determine la organización de los elementos personales y patrimoniales. De no existir el fondo no se dará cumplimiento a lo prefijado en el plan ya que no existirá el instrumento de gestión y financiación de las aportaciones necesarias para atender el pago de las prestaciones comprometidas. En definitiva, los fondos de pensiones son una pieza indispensable de los planes de pensiones. Cada plan debe disponer de un fondo y, recíprocamente, cada fondo de pensiones debe relacionarse con uno o varios planes de pensiones⁵⁶⁰.

Por tanto, los regímenes privados voluntarios representados por los planes de pensiones exigen la constitución de un patrimonio integrado por las aportaciones de los partícipes y, en su caso, del promotor. Los fondos de pensiones son, precisamente, ese patrimonio sin personalidad jurídica y afecto al cumplimiento de uno o varios planes, que está integrado por las aportaciones de sus miembros y por los rendimientos obtenidos por su inversión. En efecto, de acuerdo con los arts. 2 TRLPFP y 3.1 RPPF los fondos de pensiones “son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a Planes de Pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente Ley”.

De esta forma, hay que resaltar de nuevo que entre el plan de pensiones y el fondo hay una relación instrumental, en el sentido de que el segundo sirve al primero como instrumento de financiación⁵⁶¹. Esta relación de interdependencia funcional de los fondos de pensiones con respecto a los planes se erige, además, en un principio legal de ordenación técnica de estas instituciones. Así, el art. 5.1.e) TRLPFP señala la obligada

⁵⁶⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Notas delimitadoras y naturaleza jurídica de los Fondos de Pensiones”, en VV. AA.: *Régimen Jurídico de los...*, op. cit., pp. 57-58. En idéntico sentido, MATEU ROS CERREZO, R.: “Planes y Fondos...”, op. cit., p. 997.

⁵⁶¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Notas delimitadoras y naturaleza jurídica...”, op. cit., pp. 54-58. En todo caso, se debe insistir que “el carácter instrumental del Fondo de Pensiones no desmerece su decisiva función en el éxito de un Plan de Pensiones, dado que únicamente si disponemos de un Fondo de Pensiones, las cláusulas de este último podrán cumplirse y sus prestaciones ser satisfechas” (CHARRO VALLS, J. M.: “Aspectos jurídicos e institucionales...”, op. cit., p. 396).

integración a un fondo de pensiones de las contribuciones económicas a que estuvieran obligados partícipes y promotores, así como cualesquiera otros bienes adscritos al plan, por lo que se expresa con suma claridad la imposibilidad de que exista un plan que no se adscriba a un fondo, cuya finalidad exclusiva, por otra parte, consiste en gestionar el patrimonio afecto a los planes⁵⁶².

De lo anterior se deduce, además, que los fondos de pensiones sirven a una finalidad específica, la preestablecida por los planes que integra, pero que no puede ser otra que la de gestionar adecuadamente una masa patrimonial integrada por las aportaciones realizadas al objeto de proporcionar a sus beneficiarios unas prestaciones de jubilación, fallecimiento, orfandad, viudedad o invalidez generalmente como complemento de la acción protectora pública dispensada por el sistema de Seguridad Social. De modo que la finalidad técnica institucional de los fondos de pensiones es atender las necesidades de previsión de un colectivo. Y así, esta función social de protección predicable de los fondos de pensiones no desmerece su cualidad de instrumentos de financiación. De hecho esta dimensión económica se ve realzada en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones, pero con ello se trata de poner de relieve el fin de previsión al que atienden, lo que a la postre nos permite diferenciar a esta figura jurídica del resto de los fondos de inversión. Así, se trata de un patrimonio cuya motivación no es la de obtener rentabilidad sin más de una inversión determinada, sino que ofrece unos perfiles que le permite separarse de las características del resto de las instituciones inversoras. En este sentido, se puede señalar que el fondo de pensiones está ligado, como hemos dicho, a un fin concreto de previsión colectiva, que no es otro que el del propio plan⁵⁶³, y ambos se han pensado como respuesta complementaria al sistema básico de la Seguridad Social. Es decir, la finalidad de los fondos de pensiones no es la captación pública de ahorro para invertir conjuntamente y repartir los beneficios obtenidos, sino la de garantizar prestaciones⁵⁶⁴. De ahí que los fondos de inversión actúen en un ámbito funcional distinto al de los fondos de pensiones, los cuáles se insertan en el sistema de la previsión social voluntaria. Por su parte, en la regulación de los fondos de inversión no se distingue entre plan y fondo, la operación de inversión no cuenta con un plan previo que actúe como negocio jurídico regulador de las relaciones entre las partes

⁵⁶² LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de pensiones*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 31.

⁵⁶³ Como indica DUQUE DOMÍNGUEZ, “la finalidad técnica institucional del fondo de pensiones es más concreta que la de una institución de inversión: la de invertir los recursos procedentes de los Planes de pensiones. La conservación del valor de la inversión y obtener más (eventuales) ganancias mediante la adecuada administración de la inversión es la causa del fondo de pensiones” (“Notas delimitadoras y naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 56).

⁵⁶⁴ MICHAVILA NUÑEZ, J. M.^a: “Principios institucionales de los Planes...”, *op. cit.*, p. 346.

intervinientes⁵⁶⁵. En definitiva, en los fondos de pensiones subyace un sistema de ahorro contractual frente al ahorro discrecional⁵⁶⁶. Finalmente, el objetivo de previsión a que están ligados los fondos de pensiones exige el establecimiento de un sistema de cautelas en cuanto a la organización y funcionamiento de los mismos, lo que se traduce en la imposición de una serie de reglas funcionales especialmente rígidas que tratan de salvaguardar los intereses de partícipes y beneficiarios⁵⁶⁷.

En todo caso, y pese a la finalidad previsora de los fondos, lo cierto es que debe resaltarse su trascendencia en el plano económico, tal y como viene demandando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE). Así, resulta crucial a estos efectos traer a colación los pronunciamientos que dicho tribunal ha efectuado con ocasión de la calificación de empresa de un fondo de pensiones neerlandés⁵⁶⁸. En dichas resoluciones se deja sentada una doctrina según la cual se desprendería que los fondos de pensiones que funcionen bajo el método de capitalización son entidades próximas a las compañías aseguradoras y por tanto deben considerarse como empresas a los efectos de la aplicación del derecho comunitario en materia de competencia⁵⁶⁹. De este modo, su finalidad previsora e, incluso, el estatuto jurídico del régimen complementario del que forman parte (esto es, su posible implantación legal o por convenio colectivo, y en su caso la consiguiente inscripción obligatoria de los partícipes), no son impedimentos para postular el carácter mercantil de la actividad desempeñada por los fondos de pensiones, dado que se hace prevalecer en éstos la función de provisión de bienes o servicios en un determinado mercado.

Por otro lado, y entrando de lleno en el análisis concreto de la significación jurídico-institucional de los fondos de pensiones, los arts. 2

⁵⁶⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: “El papel de los planes...”, *op. cit.*, p. 499.

⁵⁶⁶ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Notas delimitadoras y naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁶⁷ MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.^a: “Principios institucionales de los Planes...”, *op. cit.*, p. 346 y LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁶⁸ SSTJCE 21 septiembre 1999, Asuntos 67/96 Albany Internacional BV, 115 y 117/97 Brentjens Handelssonderneming BV y 219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV. Otros pronunciamientos más recientes son los de 12 y 21 septiembre 2000, Asuntos 180 y 184/98 Pavlov y 222/98 van der Woude, respectivamente.

⁵⁶⁹ Una análisis de este posicionamiento del TJCE se puede encontrar en PRÉTOT, X.: “La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais”, *Droit Social*, núm. 1, 2000, pp. 106-110; ANDREONI, A.: “Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della corte di giustizia. (Riflessioni sul caso Albano)”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 4, 2000, pp. 981-992; MATEU CARRUANA, M.^a J.: “Los fondos de pensiones...”, *op. cit.*, pp. 223-233; y SUÁREZ CORUJO, B.: “Derecho Social versus Derecho de la Competencia: querencia neoliberal de la jurisprudencia del TJCE. (A propósito de la STJCE 21 de septiembre de 1999, asunto Albano)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 32, 2001, pp. 217-234.

TRLFPF y 3.1 RFPF le confieren la naturaleza de “patrimonios⁵⁷⁰ creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a los Planes de Pensiones”, que se forma de las aportaciones de los partícipes y, en su caso, de las contribuciones del promotor y que, convenientemente conservado e invertido, debe atender las prestaciones comprometidas⁵⁷¹. De la dicción literal de los arts. 2 TRLFPF y 3.1 RFPF se deduce que el fondo puede integrar uno o varios planes ya que los mencionados preceptos hablan en plural de los “Planes de Pensiones” a que puede dar cumplimiento el fondo, lo que remite a un patrimonio común y a una pluralidad de elementos personales. Un patrimonio del que son titulares los partícipes y beneficiarios del plan o planes integrados compartiendo una situación de copropiedad⁵⁷² sobre los activos o recursos patrimoniales del fondo (art. 8.4 TRLFPF). En definitiva, del fondo de pensiones, en cuanto masa patrimonial, se pueden destacar las siguientes características técnico-jurídicas:

- a) En primer lugar, cabe decir que se trata de un patrimonio específico afecto a una finalidad exclusiva: servir de instrumento de financiación e inversión de un ahorro formado por las aportaciones de los partícipes y, en su caso, de los promotores del plan o planes integrados al objeto de atender las obligaciones futuras. De modo que el objetivo de previsión –garantizar las prestaciones comprometidas en los planes- es el principio guía de estas instituciones. Pero además, el ahorro predispuesto se canaliza conforme a un esquema contractual negociado y

⁵⁷⁰ A decir verdad, del TRLFPF no se infiere la verdadera naturaleza de los fondos de pensiones. Cuando el sistema legal y reglamentario de los planes y fondos de pensiones se refiere a éstos últimos como patrimonio lo hace para describir su contenido pero no su naturaleza en sí. El contenido real es, en efecto, un patrimonio, pero el fondo no es sólo un patrimonio, sino una entidad que tiene un patrimonio. (MICHAVILA NUÑEZ, J. M.^a: “Principios institucionales de los Planes...”, *op. cit.*, p. 362 y CARCELÉN CONESA, J. M.: “Significado jurídico de las diferentes...”, *op. cit.*, p. 1169). Como indica MONEREO PÉREZ, “se puede concluir que el texto legal no describe la verdadera naturaleza deducible de su régimen jurídico-positivo (que es a lo que hay que atender a estos efectos) que no es otra que la de ser un instrumento socioeconómico de previsión sin personalidad jurídica (desprovisto de personalidad independiente) vinculado instrumental y necesariamente (puesto que de lo contrario dejaría de tener sentido su finalidad socio-institucional explícitamente atribuida por la ley) con los Planes de Pensiones adscritos a ellos” [“Comentario a los artículos 1, 2 y 3 del TRLFPF”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 67].

⁵⁷¹ En Italia la solución escogida para dar respuesta a la forma jurídica de los fondos de pensiones pasa por la distinción realizada en la doctrina entre fondos internos y fondos externos. Los primeros dan lugar a un complejo patrimonial del cuál no surge una entidad autónoma distinta. Mientras que los segundos cuentan con una plena autonomía externa, mediante la constitución de un ente colectivo (PONZANELLI, G.: “Forma giuridica e controlli in tema di fondi pensione: la soluzione americana e il Diritto italiano”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 3, 1993, p. 489 y TURSI, A.: “Riflessioni sulla nuova disciplina...”, *op. cit.*, p. 83). En realidad, se ha podido destacar el papel residual que en la actualidad ostentan los fondos internos por efecto legal. Sobre esta cuestión, *vid.* TURSI, A.: “La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, pp. 270-276.

⁵⁷² TAPIA HERMIDA, A. J.: “La gestión de los fondos de pensiones (un análisis jurídico)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, 1988, p. 398.

materializado en las especificaciones de cada uno de los planes que integran el fondo de pensiones. En definitiva, se trata de un ahorro dirigido según el acuerdo contractual representado por el plan e, incluso, intervenido por los propios interesados a través de la comisión de control del fondo.

- b) En segundo lugar, hay que subrayar el carácter colectivo y no personificado del fondo de pensiones como patrimonio. Con el primer aspecto del fondo –colectividad- lo que se quiere poner de relieve es su cualidad de masa patrimonial unitaria cuya titularidad se atribuye a varias personas. Así, el fondo de pensiones como instrumento de financiación se encarga de transformar las aportaciones a los planes de pensiones en inversiones de los fondos en los que los primeros se integran. Ello comporta la existencia de un patrimonio único –unidad patrimonial- del que son titulares los partícipes y beneficiarios del plan o los planes integrados. Su carácter colectivo, por tanto, deriva de la posibilidad legal de que el fondo integre varios planes, lo que presupone la existencia de una pluralidad de sujetos, pero también la presencia de una situación de cotitularidad de los partícipes y beneficiarios. Por otro lado, cabe destacar que esta situación de colectividad en la titularidad del patrimonio comporta la vinculación entre sí, en forma de asociación, de los partícipes y beneficiarios del plan o los planes integrados en el fondo. La existencia de una mínima organización asociativa –sociedad de tipo mutualista- parte de la necesidad de una cierta colaboración al objeto de velar por sus propios intereses en el fondo, y ello aún cuando la gestión sea encomendada a entidades externas y cualificadas. Finalmente, cabe subrayar el carácter de patrimonio sin personalidad jurídica⁵⁷³, y ello por cuanto no se le reconocen facultades de disposición del patrimonio a la entidad del fondo ya que la titularidad de los recursos y activos del mismo corresponde a partícipes y beneficiarios y el ejercicio de las facultades propiamente dominicales se ejercen por las entidades gestora y depositaria en interés de aquéllos⁵⁷⁴.
- c) Otra de las características fundamentales de los fondos de pensiones regulados por el TRLPFP y el RFPF es el de ser patrimonios separados. Este carácter externo del fondo se

⁵⁷³ Este es un elemento diferenciador notable con respecto al ordenamiento italiano, por ejemplo, el cuál exige que el fondo adopte una forma jurídica predefinida legalmente (asociación, fundación, sociedad). Vid. TURSI, A.: “L’organizzazione dei fondi pensione in forma associativa: profili problematici”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 3, 1998, p. 468.

⁵⁷⁴ MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.^a: “Principios institucionales de los Planes...”, *op. cit.*, p. 363.

manifiesta en dos aspectos significativos. Por un lado, en el hecho de que pese a que la masa patrimonial pertenezca a sus titulares, ésta se independiza del colectivo de partícipes y beneficiarios de los planes integrados en el fondo por estar destinada con exclusividad a un fin de previsión colectiva. La autonomía de la que goza ese patrimonio respecto a los sujetos que participan en su formación y del que son titulares se justifica en la intervención de entidades externas encargadas de su gestión y depósito. Su actuación independiente y autónoma de los sujetos copropietarios del patrimonio tendrá como objetivo asegurar la obtención de las pensiones correspondientes. Y precisamente, el segundo aspecto al que queremos aludir es consecuencia del anterior, ya que si el legislador ha querido independizar el patrimonio formado por aportaciones y contribuciones provenientes de planes de pensiones lo ha hecho con la finalidad de atender mejor a ese fin de previsión encomendado, de manera que éste no se frustre como consecuencia de las vicisitudes económicas que pudieran afectar a los sujetos participantes. De modo que al tratarse de un patrimonio autónomo y separado del patrimonio del colectivo de promotores, partícipes y beneficiarios, se descartan sobre éstos eventuales responsabilidades que se pudieran ocasionar como consecuencia de su gestión. Así, el carácter independiente del patrimonio del fondo se muestra con especial intensidad en la limitación de las responsabilidades previstas en su régimen jurídico, de modo que ni los fondos van a responder de las deudas de las entidades promotora, gestora y depositaria (art. 12.2 TRLPFP), ni los acreedores de los fondos podrán hacer efectivos sus créditos sobre los patrimonios de los promotores y partícipes de los planes integrados, ya que su responsabilidad queda limitada a los compromisos de aportación (art. 12.1 TRLPFP).

- d) En último lugar, interesa destacar de los fondos de pensiones el hecho de que son patrimonios dinámicos, por cuanto no tienen como función únicamente la mera conservación y el mantenimiento de los recursos patrimoniales y activos que lo integran, sino también su inversión de acuerdo con criterios de seguridad, rentabilidad, diversificación y congruencia de plazos adecuados a sus finalidades (art. 16 TRLPFP). En definitiva, el patrimonio del fondo se nutre de las contribuciones y aportaciones dispuestas por los planes integrados en él transformándose en inversiones. Y precisamente, la gestión económica y financiera del fondo exige el desarrollo de una actividad de administración ejercida por una entidad gestora con

el concurso de un depositario y bajo la supervisión de una comisión de control (art. 13 TRLPFP).

Por otro lado, hay que hacer notar que el régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones hace una referencia expresa a las distintas modalidades de fondos. Y así, independientemente de la existencia de una variada tipología de éstos según su naturaleza, sistema de financiación, cobertura de prestaciones, sistemas de gestión, etc.⁵⁷⁵, se consideran aquí tres criterios básicos de clasificación que tienen su reflejo legal y reglamentario. Por un lado, a la hora de diferenciar a los fondos de pensiones se toma en cuenta la *modalidad de planes de pensiones que integren*, de modo que se pueden señalar dos tipos de Fondos: de *empleo*, cuyo ámbito de actuación se limita al desarrollo de planes de pensiones de dicho sistema [art. 3.3.a) RFPF] o *personales*, encargados de integrar planes del sistema asociado o individual [art. 3.3.b) RFPF]. Esta clasificación es consecuencia del nuevo mandato legal contenido en el art. 10.4 TRLPFP que exige de los planes de pensiones del sistema de empleo su integración necesaria en fondos especializados en dar cumplimiento a lo previsto en planes de pensiones de dicho sistema. Así, hay que recordar que la originaria LPFP (Ley 8/1987) admitía la posibilidad de que un fondo pudiera integrar planes de pensiones en sus distintas modalidades, lo que, como ya se ha comentado, esto no es posible en la actualidad dado que los planes de pensiones del sistema de empleo necesariamente deben integrarse en fondos cuyo ámbito de actuación se limite al desarrollo de planes de dicho sistema⁵⁷⁶. Por ello, el párrafo 5º de la disp. trans. 2ª TRLPFP prevé que “los fondos de pensiones que, a fecha 1 de enero de 2002, integren simultáneamente planes del sistema de empleo y planes del sistema asociado o individual, podrán mantener tal situación, si bien en este caso no podrán integrar nuevos planes de pensiones individuales o asociados”. Asimismo, se prevé que la comisión de control de estos fondos esté compuesta exclusivamente con representación de los planes de empleo “debiéndose proceder a las adaptaciones necesarias en un plazo de doce meses desde 1 de enero de 2002”.

Otro de los criterios legales de clasificación de los fondos de pensiones es el que se refiere a los procesos de inversión desarrollados por aquéllos. En este sentido, podríamos hablar de dos tipos legales: *fondo cerrado*, que es aquel que instrumenta exclusivamente las inversiones del plan o planes de pensiones integrados en él (art. 56.2.a) RFPF) y *fondo abierto*, caracterizado por poder canalizar y desarrollar, junto con la inversión de los recursos del plan o planes de pensiones adscritos a aquél,

⁵⁷⁵ Así, fondos de reparto o de capitalización, internos y externos, asegurados y no asegurados, con coberturas totales y complementarias, etc. Cfr. VV. AA. (Rabadán Forniés, M. dir.): *Los Fondos de Pensiones...*, op. cit., pp. 181-189.

⁵⁷⁶ Esta previsión fue introducida por el artículo 32.8 de la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ya comentada.

la inversión de los recursos de otros fondos de pensiones de su misma categoría (art. 56.2.b) RPFPP). Respecto a este último, se establecen dos exigencias para que pueda operar como fondo de pensiones abierto: por un lado, una autorización administrativa previa y, por otro, la constitución de un patrimonio mínimo de 30 millones de euros en cuentas de posición de planes directamente integrados en aquél (art. 56.2, último párrafo RPFPP).

En tercer lugar, cabe apuntar otra clasificación de los fondos de pensiones en función del número o cantidad de planes de pensiones que instrumenten, por lo que hablaríamos de un *fondo multiplan*, que integraría los recursos de varios planes, y de un *fondo uniplan*, que instrumentaría exclusivamente los recursos afectos a un sólo plan⁵⁷⁷. Se trata de una tipología que se deduce del último párrafo del art. 56.1 RPFPP, el cuál admite que cada fondo de pensiones pueda “integrar uno o varios planes del sistema correspondiente”, y que tiene importantes consecuencias en lo que al funcionamiento de los planes y fondos de pensiones se refiere. Piénsese que de constituirse un fondo monoplan su esquema organizativo se simplifica enormemente⁵⁷⁸ dado que en el caso de integrar un solo plan del sistema asociado o de empleo se producirá una coincidencia plena de la composición y las funciones atribuidas a la comisión de control del plan y del fondo [arts. 63.1.a) RPFPP y 67.2 RPFPP]. Al contrario, en un fondo que instrumente varios planes de pensiones de empleo o asociado, la comisión de control del fondo podrá formarse con representantes de cada uno de los planes o mediante una representación conjunta de los planes de pensiones integrados en el fondo y sus funciones serán distintas de las atribuidas a la comisión del plan (art. 14.2 TRLPFPP).

Finalmente, interesa aquí desarrollar brevemente una última cuestión, en concreto, la relativa al posible ejercicio por parte de los fondos de pensiones de empleo de una actividad transfronteriza. Como tal hay que considerar la posibilidad de que los fondos de pensiones domiciliados en su territorio integren planes de pensiones promovidos por empresas situadas en otros Estados miembros, así como que las empresas establecidas en su territorio puedan promover planes integrados en fondos de pensiones de otros Estados miembros. Como se recordará, la Directiva 2003/41/CE incide en este aspecto estableciendo el marco normativo básico para el desarrollo de un mercado interior de la previsión. A tal efecto, la norma comunitaria establece la colaboración de las autoridades del Estado miembro de origen (el del domicilio del fondo de pensiones) y del Estado miembro de acogida (aquel cuya legislación social y laboral en materia de

⁵⁷⁷ Un ejemplo de estos fondos ha sido Fonditel que constituido en 1992 integraba únicamente el plan de pensiones de los empleados de Telefónica (ETE).

⁵⁷⁸ Su funcionamiento será más sencillo no sólo desde el punto de vista organizativo sino también desde el punto de vista contable, ya que éstos manejarán una única cuenta de posición (TAPIA HERMIDA, A. J.: *Manual de Derecho de Seguros...*, op. cit., p. 318).

regímenes de pensiones de jubilación es aplicable a la relación entre la empresa promotora y los trabajadores). Según la Directiva, la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo ha de ejercerse respetando plenamente las disposiciones del derecho social y laboral vigente en el Estado de acogida en la medida que afecte a las pensiones de jubilación, incluyendo las disposiciones en materia de afiliación obligatoria y las resultantes de la negociación colectiva (como ejemplo las relativas a la determinación y pago de las pensiones de jubilación y las condiciones para movilizar los derechos consolidados). Por ello, el artículo 20 de la Directiva establece un procedimiento preceptivo de comunicaciones entre el fondo de pensiones y las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida, previo a la integración efectiva del plan en el fondo, así como la continuidad de la colaboración entre dichas autoridades en la supervisión del cumplimiento de la legislación social y laboral aplicable. De este modo, el fondo de pensiones desarrolla su actividad sujeto a su legislación nacional, si bien algunos aspectos pueden estar sometidos a la legislación del Estado miembro de acogida (disposiciones del derecho social y laboral aplicables al plan de pensiones y régimen de obligaciones de información a los partícipes y beneficiarios), que podrá exigir, incluso, en materia de inversiones, la aplicación al plan de los coeficientes de inversión del activo que, con carácter prudencial, prevé el apartado 7 del artículo 18 de la Directiva 2003/41/CE, en caso de que las normas sobre inversiones del Estado de origen fueran iguales o menos rigurosas que las del Estado de acogida.

Con tal motivo, la Ley 11/2006, de 16 de mayo⁵⁷⁹ se ha encargado de adaptar la norma comunitaria a nuestro ordenamiento legal dado que hasta la fecha, la normativa española sobre planes y fondos de pensiones no regulaba la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo. Para ello, se han introducido importantes modificaciones en el TRLFPF, incorporando, como medida fundamental, un nuevo Capítulo X. En éste se establecen las condiciones generales de la actividad transfronteriza de los fondos; se regula la actividad de los fondos de pensiones de empleo españoles en otros Estados miembros (desarrollo de planes de empresas establecidas en otros Estados miembros), así como la actividad en España de los fondos de pensiones de empleo de otros Estados miembros (desarrollo de planes de empresas establecidas en España).

⁵⁷⁹ BOE 17 mayo 2006.

VI. EL ÁMBITO MATERIAL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES: SU DIMENSIÓN COMPETENCIAL

Aún siendo una cuestión especialmente problemática, el TRLPFP ha incorporado en su texto legal un precepto jurídico dedicado a la dimensión competencial de los planes y fondos de pensiones. Se trata de la disp. final 4ª que sirve de cierre a aquella norma y con la que el legislador ha querido clausurar el debate en torno al ámbito material de los planes y fondos de pensiones y su distribución competencial⁵⁸⁰. De esta forma, las disposiciones contenidas en el TRLPFP, así como las futuras normas de desarrollo del mismo que sean su complemento indispensable tienen la consideración de ordenación básica de la banca y los seguros, y de bases de la planificación general de la actividad económica, con arreglo al art. 149.1.11ª y 13ª CE. Asimismo, se excepcionan de la legislación de bases a una serie de materias que pasan a considerarse de competencia exclusiva del Estado. Con ello, el legislador recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se venía a afirmar que los planes de pensiones encuentran su acomodo en el ámbito de los seguros, dado que “está en ellos presente la nota del riesgo, en el sentido técnico jurídico de la expresión, porque se trata de asegurar aquel desplazamiento cuando ocurra el hecho previsto como contingencia, determinante del nacimiento de una necesidad patrimonial (jubilación, invalidez, muerte)”⁵⁸¹ y como especie concreta de seguro ha de quedar sometida su regulación, por una parte, al título competencial del art. 149.1.6 CE (Legislación mercantil), y por otra al del art. 149.1.11 CE (Bases de la ordenación en materia de seguros)⁵⁸².

Esta cuestión, relativa al alcance y naturaleza de los planes y fondos de pensiones, no ha sido un aspecto intrascendente, como se ha podido comprobar con anterioridad, muy al contrario la pervivencia de una pluralidad de técnicas de carácter voluntario dirigidas a la cobertura de situaciones de necesidad ha hecho necesaria la labor de distinguir a los planes de pensiones de otros instrumentos de previsión. Y en lo aquí se refiere, una correcta clarificación de esta institución, en cuanto a su naturaleza y régimen jurídico general, se convierte en un paso previo obligado a los efectos de determinar correctamente el modo en que respecto de aquella materia se distribuyen las competencias entre el Estado y las CCAA⁵⁸³. De ahí que la conclusión a la que llega el legislador en su disp. final 4ª es el resultado de una tarea que ha consistido en identificar las características, el alcance y las funciones de los planes de pensiones con respecto a otros mecanismos de previsión. Tarea no exenta de dificultades

⁵⁸⁰ No existía en la anterior LPFP (Ley 8/1987) una declaración expresa en tal sentido.

⁵⁸¹ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 6).

⁵⁸² SEGALÉS, J.: “Competencias autonómicas en materia de previsión social en el País Vasco”, en VV. AA.: *Pensiones Sociales...*, op. cit., p. 328.

⁵⁸³ ROMERO BURILLO, A. M.ª: *Los planes del sistema...*, op. cit., p. 186.

que aún hoy se pueden mantener pese a la rotundidad con que se ha manifestado el legislador en la citada disposición.

De entrada, el ámbito competencial asignado a los planes parte de una consideración obvia a estas alturas: su ubicación fuera de la órbita del sistema público de pensiones. Los elementos configuradores esenciales de este tipo de protección son los de su carácter privado, voluntario o facultativo, contractual y complementario o no del régimen público de Seguridad Social, ya que de acuerdo con el artículo 1.2 TRLFPF, constituidos los planes voluntariamente, sus prestaciones no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo en consecuencia carácter privado y complementario o no de aquéllas. Por ello no es posible incluir a los planes de pensiones en el ámbito de la Seguridad Social, y ello porque las prestaciones que se otorgan están definidas en el art. 1.2 TRLFPF como libres y voluntarias, por lo que se elimina la posibilidad de su inclusión en el título competencial relativo al establecimiento de las bases en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE).

Descartada la integración de los planes en el sistema público de pensiones se rechaza asimismo que éstos puedan ser meros instrumentos de gestión de mejoras voluntarias directas, por lo que tampoco cabría su inclusión en el ámbito de las prestaciones complementarias internas al sistema. En efecto, la STC 206/1997 se ha decantado por la solución de entender que la posibilidad de que los planes y fondos de pensiones sirvan de instrumento a las mejoras directas no supone la alteración del régimen jurídico de éstos. De ahí que para el Tribunal Constitucional los planes y fondos de pensiones sirven para canalizar las mejoras pero no por ello se equiparan a las prestaciones de la Seguridad Social, ya que esa relación de conexión se puede predicar de las mejoras con respecto a la Seguridad Social, pero no de los planes y fondos de pensiones, que son independientes.

Finalmente se predica de los planes de pensiones su proximidad a la técnica del seguro, pero aún así no se puede equiparar plenamente en función de la ausencia de un asegurador que satisfaga la prestación asegurada y la inexistencia de un derecho de rescate propiamente dicho. El propio Tribunal Constitucional fue consciente de la dificultad de calificar a los planes de pensiones como contratos de seguro puesto que en ellos no se dan los rasgos típicos de las operaciones de seguro, pero aún así prefirió situarlos en el ámbito asegurador porque se podían advertir ciertas similitudes en cuanto a la técnica y su naturaleza económica. Por ello, como se recordará, el Plan de pensiones constituye más bien un contrato de previsión de tipo asociativo.

Configurados de este modo los planes y fondos de pensiones en cuanto instrumentos de previsión de naturaleza privada y próximos a la técnica del

seguro, se hace necesario resolver los títulos competenciales que cabe atribuir. Así, la STC 206/1997 señaló para los planes que “el ámbito material más directamente implicado, por su finalidad y estructura es, por un lado, el mercantil, respecto del cual el Estado es competente para establecer su legislación (art. 149.1.6), en cuanto que se trata de regular el contenido obligacional de un contrato de esta naturaleza y, por el otro, el de los seguros, en relación con el cual, como ocurre con el crédito y la banca, al Estado se le atribuye el establecimiento de las bases para su ordenación” (FJ 7). Para el caso de los fondos de pensiones se argumentaba que “algunas de sus normas por su contenido habrán de encuadrarse también no sólo en el marco de la ordenación del crédito, banca y seguros (art. 149.1.11), sino en el más general de la planificación económica (art. 149.1.13), sin olvidar su régimen tributario (art. 149.1.14)” (FJ 7). Como se puede advertir, el carácter complejo, como contrato colectivo de previsión, de los planes y fondos de pensiones ha favorecido una diversidad de títulos competenciales en este sentido, lo que parece bastante lógico si tenemos en cuenta la dualidad funcional –económica y social- a la que atienden aquéllos.

En todo caso, como se ha podido comprobar, la disp. final 4ª TRLPFP incorpora lo dicho hasta aquí en la medida en que mantiene la competencia estatal en materia de planes y fondos de pensiones, distinguiendo entre competencias exclusivas -las materias de índole mercantil (art. 149.1.6ª CE) a la que alude en su apartado A), como las de Hacienda general (art. 149.1.14ª CE) enumeradas en el apartado B)- y la de ordenación básica de la banca y los seguros (art. 149.1.11ª CE) y de bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE). Por tanto, las CCAA tendrán cierta intervención normativa en el desarrollo legislativo y de ejecución de las bases, en materia de ordenación del crédito, banca y seguros, así como en la planificación general de la actividad económica, siempre y cuando así se haya previsto en sus Estatutos de Autonomía. Sin embargo, la capacidad de intervención de aquéllas vendrá determinada por los aspectos de la regulación que deban ser considerados como básicos y cuáles propios de una legislación de desarrollo. Ello exige tener en cuenta una serie de elementos que van desde la propia naturaleza de la materia, la finalidad que con su regulación se pretende y, por último, la necesidad de garantizar en todo el territorio nacional un tratamiento uniforme⁵⁸⁴.

En atención a ello, la doctrina del Tribunal Constitucional ha ido estableciendo un núcleo esencial en materia de planes de pensiones lo suficientemente amplio como para asegurar al Estado un poder normativo

⁵⁸⁴ BARCELÓN COBEDO, S.: “Ámbito material de los planes y fondos de pensiones y su dimensión competencial. (Comentario a la STC 206/1997, de 27 de noviembre)”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1998, pp. 718-719.

fuerte⁵⁸⁵, no sólo legal sino también reglamentario, incluyendo al tiempo facultades de ejecución o administración⁵⁸⁶. Primero, en la STC 89/1986, 1 julio y luego en la STC 206/1997 en la que se postula el carácter básico de la ya derogada LPFP (Ley 8/1987) por que con ella se perseguía asegurar el desenvolvimiento de los fondos y evitar situaciones de insolvencia o que amenacen la efectividad de las prestaciones y el mantenimiento de las características de las figuras jurídicas de nuevo cuño configuradas en la Ley. Por último, con la STC 66/1998, 18 marzo al convalidar el carácter básico que puede ofrecer el desarrollo reglamentario de la legislación de regulación de planes y fondos de pensiones, aún cuando no haya declaración alguna referida a la condición de básicos de algunos o de la totalidad de sus preceptos. Entiende la mencionada sentencia que esta condición no tiene porqué realizarse de manera expresa, siendo suficiente que se pueda inferir con naturalidad y sin dificultad su carácter de básicos.

VII. LAS MODALIDADES DE PLANES DE PENSIONES: NOTAS DIFERENCIADORAS DE LOS PLANES INDIVIDUALES Y ASOCIADOS FRENTE A LOS DEL SISTEMA DE EMPLEO

Es nuestro objetivo en este último apartado analizar las notas diferenciadoras de los planes individuales y asociados frente a los del sistema de empleo, los cuáles serán objeto de estudio en los próximos capítulos. Se justifica el tratamiento de estas modalidades de planes en la necesidad de dejar constancia de aquellas peculiaridades que presentan los primeros frente a éstos últimos. Entendemos que este análisis resulta pertinente si queremos tener una idea exacta de la funcionalidad (operatividad) de los planes promovidos en el ámbito de las relaciones de trabajo. No en vano entre todos ellos existe una conexión en lo funcional. Además, el estudio de este tipo de planes parece aconsejable a los efectos de valorar adecuadamente la idoneidad de la opción del legislador por integrar en un mismo texto legal a todas modalidades de planes en función de los sujetos constituyentes. Será este aspecto, precisamente, el de la articulación conjunta de los distintos tipos de planes, el primer punto a tratar. Una vez concluido este análisis, pasaremos a abordar otras tantas cuestiones esenciales de los planes individuales y asociativos: su

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 724. Para BARCELÓN COBEDO el Tribunal Constitucional se ha presentado clarificador en aquello que no es su función, es decir, “en cuanto a las aportaciones que hace del problema en torno a cual sea la naturaleza jurídica de los planes y fondos de pensiones; mientras que en relación con el debate competencial y, por lo tanto, de la interpretación del contenido de los arts. 148 y 149 CE, se presente menos preciso, resultado, sin duda, del manejo de un concepto de bases amplio que le lleva a conceder al Estado un exceso de competencias” (“Ámbito material de los planes y fondos de pensiones...”, *op. cit.*, p. 724).

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 719.

caracterización general en el articulado del TRLPFP, su función en el ámbito de las pensiones privadas y su régimen jurídico específico.

Por lo demás, se deja de lado el estudio exhaustivo de la clasificación de los planes de pensiones en función de las obligaciones estipuladas en el mismo –aportación definida, prestación definida y mixtos-. Ello no supone que estas modalidades de planes no sean objeto de tratamiento en este trabajo. Al contrario, dadas las implicaciones que éstos tienen en la ordenación general de los planes y fondos de pensiones en su conjunto, hemos creído oportuno remitir su análisis a otros apartados de este estudio.

1. La articulación conjunta de los distintos tipos de planes de pensiones

Antes de abordar el régimen jurídico específico de los planes individuales y del sistema asociado y del papel que éstos deben jugar en el conjunto de las pensiones privadas, resulta obligado referirse al tratamiento conjunto que el legislador dispensó, desde un principio, a todas y cada una de las modalidades de planes. El estudio de esta cuestión se hace especialmente necesario con ocasión del análisis de los planes del sistema individual, dado que su inclusión en el sistema legal de los sistemas privados de pensiones, junto con el resto de modalidades, fue objeto de duras críticas. Pese a éstas, el legislador optó, como se ha dicho, por la articulación conjunta de los diversos tipos de planes, quizás preocupado en exceso por ofrecer un marco legal específico sobre fondos de pensiones y evitar de ese modo la dispersión de normas relativas a instrumentos de previsión de diversa índole [Exposición de Motivos de la LPFP (Ley 8/1987)]. Sea como fuere, la cuestión es que animado por esa idea de aglutinar la pluralidad de planes teóricamente existentes, el legislador estableció en su art. 4.1 Ley 8/1987 una clasificación de los mismos en función de dos criterios: uno, de carácter subjetivo y, otro, de carácter objetivo. Del primero, en el que lo determinante a efectos de esta clasificación serán los sujetos constituyentes, se deducirán tres tipos de planes, en concreto, del sistema de empleo, del sistema asociado y del sistema individual. El criterio objetivo, referido a la naturaleza de las obligaciones estipuladas en el plan, dará lugar a las modalidades de planes de prestación definida, aportación definida y de carácter mixto. Al mismo tiempo, el art. 4.3 Ley 8/87 establecerá las posibles combinaciones que se podrán dar entre las modalidades de uno y otro criterio, imposibilitando expresamente que los del sistema individual puedan ser de otro tipo que no sean los de aportación definida.

A esta integración en un único texto legislativo de los distintos planes, que por otra parte es la que actualmente acoge el TRLPFP, se le unió el afán del legislador por ofrecer una regulación legal marcadamente

homogeneizadora del conjunto de los planes, sin apenas proporcionar reglas y normas específicas para cada una de las modalidades. Se hacían pocas concesiones a favor de un tratamiento singularizado de sus aspectos regulativos. Con las reformas acontecidas en los últimos años esto resulta especialmente claro ya que aquella situación legal, poco proclive a acoger las peculiaridades jurídicas de cada una de las modalidades de planes, contrasta abiertamente con la actual más claramente decidida a marcar las diferencias existentes entre cada una de ellas. Por primera vez, el RFPF, en la nueva versión ofrecida por el RD 304/04, acoge las connotaciones jurídicas propias y específicas de cada modalidad en distintos capítulos.

A decir verdad, ciertos aspectos de las críticas vertidas en el momento de la promulgación de la LPFP (Ley 8/1987) parecen confirmarse en la actualidad. Fundamentalmente, por cuanto la pretensión del legislador por crear una regulación en exceso homogeneizadora ha resultado ineficaz a la vista de las últimas modificaciones normativas, las cuáles muestran un avance significativo a favor de una mayor diferenciación jurídica entre cada una de las modalidades. Este distanciamiento en el régimen jurídico de los planes se hace patente en el supuesto de los planes de empleo, respecto de los cuáles se ha logrado con las últimas reformas un mayor protagonismo de la negociación colectiva como fuente principal de implantación de los mismos y, en definitiva, un mayor acercamiento a la realidad laboral en la que se inscriben. Pero también los planes del sistema individual han sido objeto de importantes cambios normativos, de los que cabe destacar la desaparición de la comisión de control y la creación de una nueva figura, el Defensor del partícipe. Hay, pues, un avance en favor de una regulación jurídica singularizada capaz de atender las peculiaridades de cada una de las modalidades de planes.

Dicho esto, habría que reconsiderar algunos aspectos que pueden avalar aún hoy una regulación separada de los planes de pensiones de naturaleza colectiva –empleo y asociado- y los individuales. Por un lado, porque estos últimos presentan unos elementos estructurales y caracterizadores que los aleja de los primeros. En esta línea, hay que recordar que el ámbito subjetivo de los planes individuales se caracteriza por ser abierto y no estar limitado a personas que pertenezcan a un colectivo determinado, como en el caso de los planes de empleo y asociados. Asimismo, la puesta en marcha del plan individual difiere sustancialmente de los planes colectivos, ya que en aquéllos no existe una instrumentación previa en la que los potenciales partícipes intervengan en la conformación del sistema de previsión, únicamente cabe un acto individual de adhesión o contratación. Por último, en los planes individuales no existe una estructura de supervisión participada por los interesados como en el caso de los planes de empleo y asociados.

Pero, por otra parte, resulta bastante evidente que este distanciamiento de los planes individuales con respecto a los planes colectivos se debe también a que los mismos muestran una clara proximidad con otros instrumentos de carácter financiero o asegurador, en los cuáles se hace patente del mismo modo esa dimensión individual. Así, se trata de mecanismos que guardan una serie de similitudes con respecto a los planes individuales en cuanto que son objeto de una idéntica instrumentación financiero-actuarial y sirven del mismo modo para atender fines de previsión, separándoles únicamente determinados aspectos normativos de los mismos y un diferenciado tratamiento fiscal. Pero, incluso, ni esto último resulta un elemento de alejamiento de estas formas de previsión de carácter individual, dado que se puede constatar en la actualidad la proliferación de nuevas figuras de aseguramiento muy similares entre sí. Es el caso, por ejemplo, de los planes de previsión asegurados que presentan un régimen fiscal equiparable al de los planes individuales. En todo caso, la asimilación de todos estos instrumentos se produce fundamentalmente por el hecho de que todos ellos poseen una dimensión individual potencialmente conformadora de su régimen jurídico. En definitiva, parece lógico pensar que todas estas figuras serían perfectamente encuadrables en el ámbito de la previsión individual, en cuanto que se trata de instrumentos que se sustentan sobre decisiones individuales o individualizadas encaminadas a la protección de contingencias sociales⁵⁸⁷.

En cualquier caso, la situación normativa actual parece discurrir por otros derroteros al seguir confirmando una regulación unitaria de los sistemas colectivos e individuales. Una normativa común que, como se ha dicho, avanza tímidamente en favor de una mayor diferenciación jurídica entre los planes de pensiones, especialmente en lo que respecta a los del ámbito profesional. Por ello, el análisis que a continuación realizaremos de los planes individuales y asociativos debe tener en cuenta estos dos aspectos, por un lado, la existencia de un conjunto de reglas de general afectación y, por otro, la introducción de previsiones particulares que delimitan el régimen jurídico específico de cada una de las modalidades.

2. Características generales de los planes individuales y asociativos: su función en el ámbito general de las pensiones privadas

A pesar de que los planes individuales y los de carácter asociado presenten unas características singulares con respecto a los planes del sistema de empleo, lo cierto es que aquéllos participan de los rasgos estructurales atribuibles al conjunto de los planes en general. En los planes individuales y asociativos, como no podía ser de otra manera, cabe

⁵⁸⁷ GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: “Comentario al artículo 4.1.c) del TRLRFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 192.

reconocer los caracteres fundamentales de los sistemas privados de pensiones, es decir, su configuración como instrumentos de previsión social, la voluntariedad en su constitución y adhesión, el carácter no sustitutivo de las prestaciones por él otorgadas respecto al sistema público de Seguridad Social y su carácter privado (arts. 1.2 TRLPFP y 2.1, párrafo 2º RFPF). En todo caso, estos cuatro elementos definitorios de la institución de los planes se manifiestan de modo particular en cada una de las modalidades objeto de estudio.

Así, en el supuesto de los planes individuales no sólo cabe hablar únicamente de instrumentos de previsión social sino además resulta obligado añadir a esa caracterización su dimensión individualizadora, al dirigirse a los particulares de manera aislada y no tener una proyección colectiva en cuanto a su articulación. Por otra parte, las dos dimensiones reconocibles en el principio de voluntariedad –institucional e individual- se manifiestan también de forma particular en los planes individuales y asociados. En efecto, la instauración voluntaria de los regímenes complementarios de protección social se va a caracterizar por la diversidad de formas constitutivas según nos encontremos con uno u otro tipo de planes. Asimismo, las implicaciones que tiene la dimensión individual de la nota de la voluntariedad reconocible en los planes, es distinta en el caso de los planes objeto de este estudio, especialmente por lo que respecta al “derecho de adhesión individual” que, de forma generalizada y para todas las modalidades de planes, realiza el sistema legal, pero que en el caso de los planes individuales resulta especialmente significativo dada la imposibilidad de una vinculación directa de los partícipes (art. 4.1.a) LPFP).

Por otro lado, también resulta particular el modo en que se manifiesta la autonomía de los sujetos constituyentes en los planes individuales y asociativos, especialmente en la concreta configuración de las condiciones contractuales del sistema de previsión a instituir. Y así, el régimen jurídico de los planes de pensiones se caracteriza por otorgar a las partes contratantes un amplio espacio de libertad a la hora de determinar las especificaciones de estos instrumentos protectores. En definitiva, esta flexibilidad a la hora de fijar las cláusulas contractuales tiene especial incidencia en los planes colectivos –de empleo y asociados- por la predisposición legal de canales participativos a favor de los interesados, los cuáles van a poder intervenir en la definición del contrato-plan, así como en otras cuestiones de funcionamiento del sistema de previsión. Por el contrario, en los planes individuales es el promotor –entidad financiera- quién se encargará de definir las especificaciones del plan y de supervisar su régimen financiero y actuarial.

Por otro lado, la existencia de un eventual principio de libertad individual en el marco de los planes de pensiones en general, no sólo se da

con ocasión del derecho de adhesión reconocido legalmente, sino también en la posibilidad que los participantes de un plan tienen de modular las condiciones de vinculación a éste según sus intereses. Y así, aún cuando será el reglamento del plan el que finalmente se encargará de limitar o ampliar el margen de actuación de los partícipes, parece lógico pensar que será en los planes de pensiones individuales donde este margen de actuación individual será mayor que en los planes colectivos, fundamentalmente en lo que se refiere a la determinación de la cuantía y periodicidad de las aportaciones, así como a la concreción del modo de disfrute de las pensiones, ya en forma de capital o ya en la modalidad de renta, así como en otras tantas materias. Por el contrario, cabe pensar que en los planes colectivos pueda actuarse en favor del establecimiento de un régimen protector homogéneo en el que el margen de actuación individual se vea fuertemente limitado.

Por otro lado, la complementariedad, como rasgo estructural de los planes de pensiones, se hará más intensa para el supuesto de los planes de pensiones del sistema de empleo, habida cuenta de que en esta modalidad hay una identificación de los colectivos protegidos –ámbito profesional– con respecto a las prestaciones contributivas dispensadas por el sistema público de protección. Cuestión distinta son los planes del sistema individual o los de carácter asociado, donde es más probable que las pensiones privadas se determinen con absoluta independencia del sistema de Seguridad Social.

Vistos los rasgos definitorios de los planes en general y la particular manifestación de éstos en el sistema individual y asociado, momento es de pasar al análisis de las características generales de estos últimos, teniendo en cuenta el modo en el que parecen configurados por el modelo legal. Y así, cabe destacar, en primer lugar, la *dimensión individual o colectiva* de los planes objeto de nuestra atención, resultando un rasgo estructural de los mismos que se manifiesta en múltiples aspectos de su régimen jurídico. En el caso de los planes individuales resulta evidente su dimensión individualizadora, concretándose en aspectos tan importantes como la promoción del plan, en la que será la decisión individual de una entidad financiera la que pondrá en marcha el mecanismo de previsión y la ofrecerá a cualesquiera personas físicas que deseen contratar el mismo, o en el margen de actuación individual con que contarán los partícipes del plan a la hora de decidir sobre determinados elementos del mismo, en concreto, los referidos a la cuantía, periodicidad y modificación de sus aportaciones. Por el contrario, en los planes asociativos es su carácter colectivo el que permite distanciarlos de los individuales, manifestándose esa dimensión en aspectos tales como la promoción, que podrá ser conjunta de varias asociaciones o sindicatos, la supervisión intervenida por los partícipes, etc.

Otra de las características de los planes individuales y asociados se deduce del *ámbito subjetivo de aplicación* de estos instrumentos de previsión social. En efecto, los segundos -como los de empleo- se dirigen a colectivos específicos delimitados por criterios profesionales o asociativos, mientras que en el caso de un plan personal adoptado por una entidad financiera el grupo objeto de protección es el público en general, es decir, cualquier ciudadano que manifieste su voluntad de adhesión y tenga capacidad de obligarse en los términos establecidos en las especificaciones correspondientes.

Otro aspecto de indudable trascendencia en los planes de pensiones individuales y asociativos está constituido por *la existencia o no de mecanismos de supervisión en los que partícipes y beneficiarios puedan intervenir directamente*. Pese a que en la redacción originaria de la LPFP (Ley 8/1987) se exigía para todos los planes el establecimiento de una comisión de control en la que debían estar representados todos los elementos personales del plan, lo cierto es que la Ley 24/2001 eliminó para el caso de los planes individuales tal exigencia, imponiendo la figura del Defensor del partícipe. El cambio normativo supone trasladar a la entidad promotora las funciones de la comisión de control, encargándose, por tanto, de la fiscalización de los aspectos relacionados con el plan e imposibilitando, definitivamente, la participación de partícipes y beneficiarios en la toma de decisiones respecto del plan.

Por otra parte, cabe señalar, como cuarta nota característica de los planes individuales frente a los del sistema asociado, el que únicamente puedan instrumentarse a través del *sistema de aportación definida*. Ello supone, como se verá, que únicamente se puedan fijar las aportaciones a realizar por los partícipes, de modo que la prestación que se conceda a los beneficiarios una vez acaecido el hecho causante de la misma será el resultado de la administración de las aportaciones integradas en el fondo. Las prestaciones, por tanto, no pueden determinarse en el plan cuantificándose en el momento de producirse la contingencia que da derecho a tal percepción, teniendo en cuenta para ello el proceso de capitalización correspondiente de las aportaciones realizadas al plan hasta ese momento. Además, resulta incompatible con esta modalidad la garantía de un tanto de interés mínimo.

Finalmente, en los planes individuales resulta obligado referirse al *componente financiero* que los caracteriza. Siendo éste un elemento que se haya presente también en el resto de planes, lo cierto es que se encuentra más acusado en los del sistema individual. Por un lado, por cuanto su compulsivo funcionamiento a través de contribuciones definidas y la prohibición de garantizar un interés mínimo convierte a este plan en un mero instrumento de capitalización financiera, estando ausentes, por tanto, elementos actuariales de cualquier tipo. Por otro lado, por cuanto se trata de

un instrumento de previsión que se oferta junto con otros productos por las entidades financieras, lo que le dota de unas especiales características, especialmente como vehículo de desarrollo de otras posibles operaciones inversoras y de otro tipo⁵⁸⁸.

Una vez se han puesto de manifiesto las características generales de los planes individuales y del sistema asociado, las cuáles por otra parte serán objeto de desarrollo a continuación, resulta oportuno señalar el papel que el modelo legal les otorga en el conjunto del sistema de protección social. En este sentido, se puede decir que la función a desempeñar por estas modalidades de previsión social no se puede desligar de la que el sistema legal vaya asignando a los planes de pensiones del sistema de empleo. En principio, las tres modalidades tienen una consideración idéntica como instrumentos de previsión de carácter complementario al sistema de Seguridad Social obligatoria, al que en ningún caso sustituyen, lo que supone que todas tiendan de igual modo a la consecución de un mismo objetivo, que no es otro que el de atender las necesidades de complementariedad o mejora de las prestaciones de la Seguridad Social de la población en general, también por supuesto de suplementariedad, aunque en menor proporción. De ahí que quepa hablar de una dependencia funcional entre todos los sistemas –empleo, asociado e individual- ya que la adopción de medidas que favorezcan la extensión de uno de ellos conllevará, con toda probabilidad, un efecto de disminución respecto de los otros.

Precisamente, las últimas reformas legislativas evidencian un interés por desarrollar al máximo los sistemas de empleo, para lo que la negociación colectiva se considera una vía estratégica de extensión de la previsión empresarial (incluido el sector público) teniendo en cuenta, asimismo, las peculiaridades de las pequeñas y medianas empresas. En definitiva, se tiene plena convicción, y así aparece recogido en el Informe de Estrategia Nacional de España en relación con el futuro del Sistema de pensiones (13 Julio 2005), que para que la cobertura que ofrecen los sistemas de previsión complementarios alcance a una población cada vez más amplia se tienen que potenciar los planes del segundo pilar, es decir, los de carácter profesional ligados a la relación laboral⁵⁸⁹. En atención a ello, y de fructificar esta vía de expansión de los sistemas de empleo, resulta evidente que el papel de los planes individuales y asociados quedaría relegado a un segundo plano ya que, con toda probabilidad, habría una menor proporción de individuos dispuestos a acudir al mercado financiero de previsión en su doble modalidad individual o asociada. Pero, en todo caso, y mientras se perfecciona el grado de cobertura de la

⁵⁸⁸ GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: “Comentario...”, *op. cit.*, pp. 191-192.

⁵⁸⁹ SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M. A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C., *El sistema español...*, *op. cit.*, p. 207.

previsión social empresarial, cabe pensar en un número importante de personas dispuestas a acceder, sobre todo, a un plan individual: por un lado, el sistema de empleo, y también el asociado, seguirán siendo insuficientes por sí solos para atender las necesidades de previsión de la totalidad de la población trabajadora, dado que siempre cabe pensar en empresas o colectivos, sobre todo de reducida dimensión, que no estén dispuestas a instar la creación de planes de empleo o de carácter asociado; por otro lado, cabe pensar, igualmente, en un porcentaje muy significativo de individuos dispuestos a contratar planes individuales, especialmente de aquéllos que quieran aprovecharse de la flexibilidad que caracteriza a este tipo de planes, al objeto de poder modular el régimen de aportaciones de acuerdo a sus necesidades personales de previsión⁵⁹⁰.

3. Régimen jurídico específico de los planes individuales y asociados

El conjunto de los planes en general comparten un régimen jurídico común. Se trata de un conjunto de reglas de general afectación que constituye el grueso de las previsiones normativas recogidas en el TRLPFP y en su reglamento y que vienen referidas a aspectos tales como los principios básicos enunciados en el art. 5 TRLPFP, el régimen general de aportaciones, contingencias y prestaciones y la cuantificación, disposición y eventual movilización de derechos consolidados y económicos. En todo caso, y dadas las dimensiones de este trabajo centraremos nuestra atención en el régimen jurídico singular de los planes objeto de estudio, sin perjuicio de las oportunas referencias a la normativa común que comparten todas las modalidades de planes.

Así, lo primero que hay que resaltar del tratamiento normativo específico dispensado a los planes individuales y asociados es que ha habido que esperar al RD 304/04 para que podamos hablar con propiedad de un conjunto de normas propias de los planes objeto de estudio, ya que ni la anterior LPFP ni su reglamento correspondiente, ni tampoco el actual TRLPFP, han querido establecer compartimentos jurídicos diferenciados para cada uno de los planes, más allá de las pertinentes especificaciones incluidas en el articulado de general aplicación. Por tanto, son los Capítulos III y IV del Título II del RFPF los encargados de establecer reglas y previsiones particulares para este tipo de planes, inaugurando una nueva etapa de mayor distanciamiento en el régimen jurídico de cada una de las modalidades. En consonancia con ello, nos proponemos a continuación

⁵⁹⁰ Hay que recordar que la modalidad de planes que en 2004 ha experimentado un mayor crecimiento porcentual respecto al ejercicio anterior ha sido la del sistema individual, con un crecimiento de casi el 11 por 100, frente a los planes del sistema de empleo que crecieron un 4,08 por 100, mientras que los planes asociados decrecieron en un 0,41 por 100. *Vid.* DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES, *Seguros y Fondos de Pensiones. Informe 2004*, 2004, p. 28.

ofrecer, de forma separada, aquellos rasgos identificadores de los planes individuales y asociados que conformarían su ordenación técnico-jurídica.

3.1. Los planes de pensiones individuales

A) Las entidades financieras como únicas promotoras de un plan individual: la imposibilidad de la promoción conjunta

Tal y como se indicó más arriba, una de las características que distingue a los planes del sistema individual del resto de modalidades es que el promotor de los mismos debe ser necesariamente una entidad financiera. A esta limitación en el sujeto del promotor aluden tanto el art. 4.1.c) TRLFPF como el art. 2.3.c) RFPF exigiendo, por tanto, que los promotores de planes de pensiones individuales sean entidades de carácter financiero. Dicho esto, resulta obligado determinar con exactitud que tipo de sujetos estarían implicados en esta referencia tan genérica que realizan a la figura del promotor tanto el texto legal como el reglamentario. Y, en este sentido, al igual que ocurría con la situación normativa anterior, será el reglamento de desarrollo el encargado de especificar quiénes deben tener la consideración de entidades de carácter financiero. En concreto, es el art. 45.1, párrafo 2º RFPF el que establece expresamente que a los efectos de la promoción de un plan individual ostentarán tal condición las “entidades de carácter financiero, las entidades de crédito, entidades aseguradoras, las entidades gestoras de fondos de pensiones, las empresas de servicios de inversión, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, inscritas en los registros especiales dependientes del Ministerio de Economía, del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”.

El segundo punto de análisis en lo que a la parte promotora de un plan individual se refiere nos exige dar respuesta a la cuestión de si es posible que varias entidades de carácter financiero puedan articular conjuntamente un sistema de previsión de estas características. Y así, lo primero que nos sugiere el tenor literal del art. 4.1.c) TRLFPF es que no habría ningún obstáculo para que se pudiera instar la creación de planes individuales por dos o más entidades de carácter financiero, ya que el texto legal es lo suficientemente claro –“cuyo promotor son una o varias...”- como para albergar algún tipo de duda al respecto. Sin embargo, y de forma sorprendente, el RFPF declara abiertamente la imposibilidad de que los planes individuales cuenten con más de un promotor [–“Este tipo de planes sólo podrá contar con un promotor”-(art. 45.1)]. Esta limitación, además de poder plantear un supuesto de extralimitación reglamentaria, se compagina mal con la nueva dirección legislativa adoptada en favor de la extensión de la previsión social voluntaria a través de los planes de promoción conjunta. En la actualidad, no sólo se estaría estimulando en el ámbito profesional este tipo de planes en cuya iniciativa concurren varias empresas (Sección

Cuarta del RPPF) sino también se propicia con absoluta nitidez su promoción en los planes de carácter asociado [- “Distintas asociaciones o sindicatos podrán promover conjuntamente un plan de pensiones del sistema asociado”- (art. 51.1, párrafo 2º RPPF)]. Por tanto, tan sólo cabe imaginar que esta prohibición impuesta de forma particular a los planes individuales esté relacionada con el contexto en el que se desenvuelven los mismos. Así, el hecho de que este tipo de planes sea fruto de la iniciativa de entidades pertenecientes al mercado financiero y asegurador en las que determinados acuerdos de las mismas pudieran limitar la competencia en estos productos puede haber servido de justificación para imposibilitar la promoción conjunta en los planes individuales.

B) La configuración abierta y no selectiva de los partícipes: la adhesión y los derechos de información

Ya se apuntó con anterioridad como el plan de pensiones individual se caracterizaba por la imposibilidad de determinar su ámbito subjetivo al estar constituido por cualquier individuo que desee acceder a este instrumento de previsión social individual. A diferencia del resto de planes en los que se exige algún tipo de vinculación entre el sujeto que actúa como promotor y los individuos que desean participar en el plan, en el caso de los planes del sistema individual no se impone como condición necesaria para acceder al mismo la existencia de una relación previa con la entidad que insta su creación. De ahí que los arts. 4.1.c) TRLPFP, 2.3.c) y 45.2 RPPF hagan referencia a “cualesquiera personas físicas” como potenciales partícipes de un plan de estas características. Las únicas limitaciones, por tanto, que se impondrán a los sujetos que estén dispuestos a contratar un plan individual son las que se derivan de su capacidad de obligarse. Esta configuración abierta y no selectiva de los partícipes, con una total ausencia de excepciones a los mismos, ha terminado por imponerse finalmente en el nuevo modelo legal, y ello pese a la existencia con anterioridad de algunas prohibiciones a la contratación de este tipo de planes.

El estudio de la figura del partícipe en los planes de pensiones del sistema individual conlleva inevitablemente el análisis del proceso de adhesión al plan y de los derechos de información en juego. En primer lugar, se contempla expresamente un derecho de libre adhesión individual al plan de pensiones (“opt in”), lo que significa, al mismo tiempo, que se rechace de plano una posible incorporación de partícipes directamente por la entidad promotora del plan. No cabe en esta modalidad una vinculación directa de los partícipes, como en el caso de los planes del sistema empleo, fruto de la decisión adoptada en sede convencional, reconociéndose

simultáneamente un derecho de oposición individual (“opt out”). El art. 48.1, párrafo 3º RPPF es claro al respecto al señalar que “la incorporación del partícipe al plan de pensiones individual se formalizará mediante la suscripción del boletín o documento de adhesión (...)”.

En segundo lugar, la importancia que el sistema legal concede a las tareas informativas previas a la contratación de un plan como a las que resulten necesarias a lo largo del desarrollo del mismo y que se encuentran profusamente pomenorizadas en el art. 48 RPPF derivan de dos aspectos trascendentales que están ausentes en este tipo de planes: primero, no hay una instrumentación colectiva previa en un plan de estas características, a diferencia de los planes del sistema de empleo en los que tras la elaboración del proyecto inicial del plan por el promotor se discute el mismo en el seno de una comisión promotora con representación de las partes implicadas (a parte de los procesos negociadores anteriores de carácter colectivo que se hayan podido dar); segundo, tampoco se da una estructura participativa de control y supervisión que permita, como en el caso de los planes asociados y de empleo, la intervención directa de los partícipes en todas las cuestiones relacionadas con el funcionamiento del plan. Por ello, en atención a estos dos aspectos, resulta obligado que en estos planes se prodiguen las medidas informativas como medio de proteger los derechos de los partícipes. En verdad, estas exigencias impuestas legalmente deben inscribirse en el marco de los derechos del consumidor, ya que los planes individuales no dejan de ser sino un producto de ahorro más ofertado, junto con otros de similares características, en el mercado financiero y previsor. Así, las medidas de protección de los derechos de información de los partícipes se van a contemplar en tres momentos distintos: primero, con carácter previo o simultáneamente al momento en que el partícipe decide adherirse a uno de los planes ofertados por una entidad de carácter financiero, segundo, durante el normal desenvolvimiento del plan de pensiones y, tercero, una vez se produzca el acaecimiento de la contingencia objeto de cobertura por el plan. De todo ello se ocupa con todo lujo de detalles el art. 48 RPPF.

C) La menor incidencia del principio de no discriminación en los planes individuales

Como se tendrá ocasión de comprobar, el principio de no discriminación tiene especial importancia en el ámbito general de los planes de pensiones. Su proyección respecto de numerosos aspectos de su régimen jurídico convierte a este principio en básico en el esquema institucional y de funcionamiento de estos sistemas de previsión de carácter privado. Sin embargo, y pese a que el legislador incorpora al texto legal

una serie de previsiones particulares respecto de este principio en cada una de las modalidades, lo cierto es que el mismo va a tener una mayor incidencia en los planes del sistema de empleo y asociado, lo que se podría justificar en base a dos circunstancias que no se dan de forma conjunta en el resto de planes. Por un lado, tanto en el supuesto de los planes de empleo como asociado la configuración del sistema de previsión parte en todo momento de la existencia de un colectivo definido o un grupo de características similares, por lo que resulta lógico que el sistema legal se preocupe por evitar la adopción de medidas que supongan la exclusión injustificada de determinados miembros del mismo. Pero, además, el hecho de que en el sistema de empleo se den contribuciones por parte del promotor o, incluso, que haya una financiación del plan a su exclusivo cargo, cuestión que no se da en el resto de planes, refuerza la idea de la mayor incidencia del principio de no discriminación en los planes del ámbito profesional, ya que con ello se trata de eliminar cualquier conducta empresarial tendente a excluir a determinados empleados favoreciendo a un colectivo específico o grupo de trabajadores homogéneo⁵⁹¹. A diferencia de ello, en los planes individuales no existe un ámbito subjetivo definido como en el resto de planes, más allá de los cálculos que la entidad financiera del plan realice respecto de los potenciales clientes de los mismos, pero en realidad no existe una delimitación previa de su campo de aplicación. Del mismo modo, no se dan contribuciones del promotor que pudieran dar lugar a conductas antidiscriminatorias basadas en una eventual diversificación de aportaciones totalmente injustificada. Por ello, resulta lógico pensar que el principio de no discriminación en el marco de los planes individuales tenga una menor incidencia.

Ahora bien, el hecho de que la interdicción de discriminación en el ámbito de los planes de pensiones tenga una menor relevancia en los del sistema individual, ello no significa que la misma no tenga sentido alguno en estos instrumentos de previsión. En la práctica, cabe pensar en dos aspectos distintos en los que cobra relevancia este principio básico del modelo legal. Por un lado, se ha considerado necesario que se atienda al momento en el que los sujetos adquieren la condición de partícipe a efectos de que no se produzcan exclusiones injustificadas desde el punto de vista de la cláusula general de igualdad. Por otro, se ha tenido en cuenta también que la no discriminación incida en lo que se refiere al régimen de aportaciones y prestaciones del mismo. De ambas situaciones se ocupan el apartado 4º del art. 5.1.a) LPFP y el art. 46 RFPF al establecer que “un plan individual no será discriminatorio cuando cualquier persona que manifieste su voluntad de adhesión y tenga capacidad de obligarse pueda hacerlo en

⁵⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *Público y privado...*, op. cit., p. 170.

los términos contractuales estipulados para cualquiera de los miembros adheridos”.

Respecto al primer elemento de análisis, el relativo al acceso al plan, cabe pensar que lo que se impone desde los preceptos mencionados es la imposibilidad de rechazar injustificadamente solicitudes de adhesión basadas en las circunstancias o condiciones a las que alude el art. 14 CE, a saber, nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de modo que toda entidad promotora de un plan de estas características deberá aceptar las peticiones de adhesión formuladas con la única limitación de que quién la realice tenga capacidad jurídica para obligarse, ya sea por sí misma o a través de su representante legal si fuese menor de edad o estuviese legalmente incapacitado. Por tanto, una vez manifestada la voluntad de adhesión al plan por quién posee capacidad jurídica suficiente de obrar aceptando las condiciones contractuales del mismo no cabe imponer limitación alguna con respecto a la adquisición de la condición de partícipe.

En segundo lugar, el TRLPFP y su reglamento imponen además un segundo requisito al cuál debe darse cumplimiento en el marco del principio de no discriminación. Nos referimos a que una vez aceptada la solicitud de formalización de un plan del sistema individual y adquirida la condición de partícipe, éste pueda optar en idénticas condiciones que “cualquiera de los miembros adheridos” al régimen de aportaciones y prestaciones previstos en el plan. En otros términos, lo que se protege en este sentido bajo el principio de no discriminación es el que no se pueda negar a cualquiera de los partícipes de un plan individual el acceso a todas y cada una de las condiciones de financiación o de protección previstas en el mismo. Lo que supone, al mismo tiempo, la imposibilidad de crear regímenes diferenciados pensados en exclusiva para determinados clientes y vetados, por tanto, para el resto de colectivos. Ahora bien, ello no es óbice para que se de una diversificación de aportaciones por los partícipes de un plan de esta modalidad, cuestión que no cabría calificar de discriminatoria siempre que esta posibilidad de realizar más o menos aportaciones se conceda a todos los partícipes, lo que va en consonancia, además, con esta modalidad de planes caracterizados por su flexibilidad y capacidad de adaptación a las necesidades individuales.

D) La instrumentación financiera a través del sistema de aportación definida: el régimen flexible de aportaciones

Una de las características más sobresalientes de los planes individuales, junto con el hecho de que sean las entidades financieras las que actúen como promotoras, reside en el tipo de obligaciones que desde el

punto de vista financiero pueden ser estipuladas en los mismos. Así, el sistema legal admite la posibilidad de que los planes puedan ser de las modalidades siguientes (art. 4.2 TRLPFP), a saber, de prestación definida, en la que se calcula de antemano la prestación a percibir, ajustando las aportaciones a realizar; de aportación definida, en la que la magnitud que queda predeterminada es la cuantía de las aportaciones del promotor y/o partícipes, de modo que en base a lo aportado, a los rendimientos generados y a los gastos que se produzcan se determinará la prestación correspondiente; y, finalmente, de carácter mixto, cuyo objeto es, simultáneamente, la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución. Pues bien, a diferencia del resto de planes en los que tanto los del sistema de empleo como asociado podrán ser de cualesquiera de las tres modalidades anteriores, en el caso de los del sistema individual únicamente podrán optar al sistema de aportación definida (art. 4.3 TRLPFP)⁵⁹².

El RFPF reitera esta obligación de instrumentación para los planes individuales a través de contribuciones definidas añadiendo que debe ser “para todas las contingencias” y, además, “sin que el plan pueda garantizar un interés mínimo en la capitalización” (art. 45.3). Esto último es una consecuencia lógica de la naturaleza del sistema de aportación definida, ya que precisamente la adopción de ese modelo de instrumentación financiera implica que la prestación no quede definida⁵⁹³. Por otra parte, la aportación podrá fijarse en términos absolutos o en función de otras magnitudes como salarios, flujos empresariales, cotizaciones a la Seguridad Social u otras variables susceptibles de servir de referencia (art. 16 RFPF). Al final, las prestaciones se determinarán a partir del acaecimiento de la contingencia o al abonarse las prestaciones. En todo caso, lo que sí será posible es que el plan prevea la garantía de prestaciones causadas y sus posibles reversiones una vez acaecida la contingencia, siempre que aquéllas se garanticen en su totalidad mediante los correspondientes contratos con entidades aseguradoras o financieras (arts. 16 y 45.3, párrafo 2º RFPF).

Por otro lado, resulta obligado referirse a un aspecto ciertamente controvertido que en la actualidad ha sido abordado de forma expresa por

⁵⁹² Cabe recordar que se vino a dudar de la constitucionalidad de esta previsión por entender, con fundamento en los arts. 14 y 9.3 CE, que con la misma se conculcaba el principio de igualdad y el de interdicción de los poderes públicos. Pese a ello, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no admitió este planteamiento, tanto por el hecho de que era la diferente posición del “partícipe” del plan la que justificaba el diferente trato legal a las diversas modalidades (de la “individual” frente al de “empleo” y el “asociado”), como porque de esta concreta regulación no se podía apreciar discrecionalidad ni arbitrariedad sino tan sólo una opción de política legislativa sustentada en la novedad de esta institución en nuestro ordenamiento, pero en modo alguno contraria a las normas constitucionales [STS (Cont.-Adm.) 29 julio 2002 (RJ 2002, 7690)].

⁵⁹³ De garantizarse un tipo de interés mínimo se estaría fijando indirectamente el nivel de prestación a percibir (MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 44).

el RFPF. En concreto, se trata de la posibilidad de que las entidades financieras promotoras de un plan individual asuman con sus partícipes compromisos de revalorización de los derechos consolidados a una fecha determinada (art. 16 RFPF). Con esta previsión y su sometimiento a las reglas fijadas por el art. 77 RFPF se ha querido resolver la polémica suscitada con ocasión de los denominados planes de pensiones “garantizados”, los cuáles, respondiendo a la modalidad de aportación definida, establecían una garantía de interés mínimo a un determinado plazo. Ello suponía garantizar una determinada rentabilidad, de mantenerse el partícipe hasta la fecha acordada, lo que resultaba teóricamente incompatible con este tipo de planes⁵⁹⁴. Finalmente, las entidades financieras van a poder seguir ofreciendo a los partícipes de planes individuales, también los de carácter asociado, compromisos de revalorización en las condiciones establecidas por el art. 77 RFPF.

Una segunda cuestión relacionada con la anterior es la relativa al modo en que se manifiesta el régimen financiero del plan de pensiones individual. Se trata de las distintas opciones de que disponen estos planes desde el punto de vista de la aplicación y operatividad de sus recursos financieros, ya que pese a que están obligados a ser de aportación definida y organizarse con arreglo a principios financieros y actuariales de capitalización, eso no significa que haya de seguir las mismas pautas desde el punto de vista económico⁵⁹⁵. Y así, resulta clásica la distinta tipología de esta modalidad de planes en función de dónde se inviertan las aportaciones realizadas por los partícipes, de forma que se puede hablar de, al menos, cinco categorías de acuerdo con la composición de la cartera de inversiones del fondo en el que se encuentre integrado el correspondiente plan. Hablaríamos, por tanto, de planes de Renta Fija, cuya cartera no puede integrar activos de renta variable; planes de Renta Fija Mixta I, que incorporaría activos de renta variable con un máximo del 15 por ciento; planes de Renta Fija Mixta II, con activos de renta variable entre un 15 y un 30 por ciento; planes de Renta Variable Mixta, cuya cartera estaría compuesta por activos de renta variable entre el 30 y el 75 por ciento y, por último, planes de Renta Variable, donde los activos de renta variable deben suponer como mínimo el 75 por ciento.

Otro de los aspectos a destacar del régimen de financiación de estos planes es el relativo a las aportaciones al mismo. Como ya se ha dicho, una de las características de esta modalidad, junto con la del sistema asociado, es que el promotor no contribuye económicamente, de modo que es el partícipe el encargado de realizar las aportaciones correspondientes.

⁵⁹⁴ Véase, Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y Secretaría de Estado de Economía sobre comercialización de planes de pensiones garantizados (7 diciembre 1995).

⁵⁹⁵ GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., “Comentario...”, *op. cit.*, p. 201.

Precisamente, una de las características más sobresalientes de este régimen de aportaciones a un plan individual es su flexibilidad, ya que en este tipo de planes, a diferencia del resto de las modalidades, el partícipe goza de un amplio margen de libertad para fijar cuestiones tales como la cuantía, la periodicidad, la revalorización y las eventuales modificaciones de las aportaciones. Lo normal, por tanto, será que las entidades financieras promotoras del plan dejen un contrato abierto a realizar todo tipo de posibilidades en cuanto a aportaciones. Así, con respecto a la cuantía, lo habitual será que la misma se determine voluntaria e individualmente por el partícipe en el boletín de adhesión o en el certificado de pertenencia al plan⁵⁹⁶. En todo caso, cabe la posibilidad de que se imponga algún tipo de limitación a la hora de elegir libremente la cuantía a realizar, de modo que puede que se exija una aportación mínima inicial para poder participar en el plan –100 euros-, como que se imponga un límite también mínimo a las aportaciones de carácter periódico -30 euros-⁵⁹⁷. Asimismo, será frecuente que las especificaciones de este tipo de planes contemplen la posibilidad de realizar aportaciones extraordinarias o complementarias⁵⁹⁸. Con respecto a la periodicidad, ésta podrá ser mensual, trimestral, semestral o anual⁵⁹⁹ o cualquier otra que libremente decida el partícipe del plan. Asimismo, también será frecuente que se pueda aumentar o disminuir el importe de las aportaciones periódicas o modificar el período de contribución o, incluso, aplicar una actualización automática a las aportaciones periódicas de acuerdo, generalmente, con el índice de precios al consumo⁶⁰⁰.

Otro aspecto a destacar de este régimen flexible de aportaciones a los planes individuales es el relativo a las condiciones de acceso a la situación jurídica de partícipe en suspenso, que como se sabe se produce cuando éste cesa en la realización de aportaciones, pero mantiene sus derechos consolidados dentro del plan. Pues bien, a diferencia de los planes del sistema de empleo dónde esta figura ofrece unas connotaciones específicas relacionadas con las incidencias –suspensivas o de naturaleza extintiva- que pueden afectar a la relación de trabajo que une a los partícipes con la entidad promotora, en el caso de los planes del sistema individual la adquisición de esta condición únicamente dependerá de la voluntad del interesado. Así, lo habitual será que se acceda a esta situación en el momento en que se dejen de hacer aportaciones, de forma temporal o definitivamente, manteniendo en el plan sus derechos consolidados, previa notificación por escrito a la entidad gestora del fondo realizada a través de

⁵⁹⁶ Art. 5.1.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema Individual de Caixa Tarragona* (Junio 2004).

⁵⁹⁷ Art. 16.1 del *Texto Refundido de las Especificaciones del Plan de Pensiones Bestinver Global*.

⁵⁹⁸ Art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones Individual Winterthur*.

⁵⁹⁹ Art. 15.2 del *Texto Refundido de las Especificaciones del Plan de Pensiones Bestinver Global*.

⁶⁰⁰ Art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones Individual Winterthur* y art. 9 de las *Especificaciones del Plan personal de pensiones Grupo Banco Sabadell*, Junio 2004.

las oficinas del promotor⁶⁰¹. Incluso, si así se contempla en el plan, cabe pensar en la posibilidad de que se adquiriera esa condición una vez transcurrido un plazo –superior al año natural- sin realizar aportaciones⁶⁰².

E) La formalización de un plan de pensiones individual: la inexistencia de la comisión promotora

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/2001, la implantación de un plan de pensiones de la modalidad que fuera seguía un proceso común. El art. 9 LPFP (Ley 8/1987), que se ocupaba de esta cuestión, no distinguía los tres sistemas de planes –empleo, asociado e individual- en cuanto al procedimiento que debía seguirse para su formalización. Precisamente, con la aprobación del TRLPFP, que incorpora como se dijo las modificaciones introducidas por la Ley 24/2001, se ha querido favorecer una diferenciación en el régimen jurídico constitutivo de cada una de las modalidades, fundamentalmente de los planes de empleo con respecto a los del sistema individual y asociado, ahondando, como ya se recordará, en ese mayor distanciamiento en el régimen jurídico de los distintos tipos de planes. En este caso, el cambio normativo más importante está relacionado con la ausencia de la comisión promotora en los planes individuales y asociados, de modo que para ambas modalidades se establece que “serán las entidades promotoras quienes adoptarán los acuerdos y ejercerán las funciones asignadas por esta normativa a la Comisión promotora de los planes del sistema de empleo” (art. 9.1.b) TRLPFP). Por tanto, la distinción que se ha querido hacer de los procesos de implantación de cada uno de los planes consiste básicamente en la asunción en los planes individuales y asociados de dos funciones esenciales por parte de los promotores, otorgadas antes a la comisión promotora: en concreto, la de ultimar el proyecto de especificaciones del plan y la de proceder a la presentación del referido proyecto ante el fondo de pensiones en que pretenda integrarse. Todo ello trae como consecuencia que en todo este proceso no haya intervención alguna en la fase constitutiva del plan de los potenciales partícipes. Ahora bien, esto último debe matizarse en el caso de los planes de carácter asociado, ya que cabe considerar que sí existirá una eventual participación de los interesados dadas las características de los colectivos en los que se constituyen estos planes, los cuáles cuentan con órganos de representación y de gobierno compuestos en la gran mayoría de casos por sujetos en los que, a efectos de la promoción, concurren la cualidad de potenciales partícipes con la de promotores, además de actuar en representación del resto de miembros, asociados o

⁶⁰¹ Art. 17.1 del *Texto Refundido de las Especificaciones del Plan de Pensiones Bestinver Global*.

⁶⁰² Art. 17.3 del *Texto Refundido de las Especificaciones del Plan de Pensiones Bestinver Global*.

afiliados, según el caso⁶⁰³. Al contrario, en los planes individuales resulta imposible la intervención de los potenciales partícipes en la elaboración e implantación del plan.

A decir verdad, la desaparición de la comisión promotora en los planes objeto de estudio resulta una decisión acertada desde el punto de vista de la escasa operatividad que presentaba la misma en esta modalidad de planes caracterizada por dirigirse a un colectivo abierto y no delimitado de potenciales partícipes. Pensado como un producto más de previsión y ahorro ofertado por las entidades financieras, resulta lógico que en su dinámica fundacional no exista algún tipo de instrumentación colectiva. Por ello, debe corresponder al promotor del plan elaborar el proyecto de especificaciones y a él se debe atribuir la responsabilidad de proceder a su presentación ante el fondo de pensiones correspondiente (art. 47.2 RFPF). Ahora bien, siendo ésta la solución más apropiada para este tipo de planes, la misma nos enfrenta a la cuestión apuntada más arriba acerca de la idoneidad de la inclusión de los mismos en la normativa reguladora común de los planes y fondos de pensiones. La nítida separación que cada vez más se está produciendo entre las modalidades colectivas –empleo y asociado- e individuales de los planes, en la que la ausencia de mecanismos de participación de los potenciales partícipes en la elaboración del plan resulta un ejemplo, muestra cuanto de oportuno resulta hoy retomar la solución hace tiempo apuntada de su regulación diferenciada.

F) La ausencia de una estructura de supervisión participada: la figura del Defensor del partícipe

Una de las características básicas de los planes de pensiones es la supervisión del funcionamiento de cada plan por una comisión de control constituida al efecto, la cuál está formada por representantes del promotor o promotores, partícipes y beneficiarios. Sin embargo, tras las reformas introducidas por la Ley 24/2001, este órgano de control ha sido eliminado para los planes de pensiones del sistema individual, siendo el promotor el encargado de asumir las funciones y responsabilidades de aquél (arts. 7.5 TRLPFP y 49.1 RFPF). Pese a ello, y en ausencia de este mecanismo de supervisión, la reforma incorpora una nueva figura, el Defensor del partícipe, que se ocupará de atender las reclamaciones de partícipes y beneficiarios. Como se puede comprobar, hemos pasado de una estructura interna de supervisión participada por los interesados a una institución de carácter externo al plan sin intervención alguna de los sujetos participantes.

⁶⁰³ ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, F. J. y LÓPEZ GANDÍA, J., “Comentario al artículo 4.1.b) del TRLPFP” en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido...*, op. cit., p. 155.

En este sentido, se puede decir que en esta modalidad de plan la garantía de participación a través de la comisión de control es sustituida por el derecho de protección a través del Defensor del partícipe, que también lo será necesariamente de los beneficiarios (art. 7.5, párrafo 2º TRLPFP). De algún modo, la falta de protección que puede derivarse de la ausencia de aquélla trata de ser compensada obligando al promotor a designar a esta figura⁶⁰⁴.

Así, el Defensor del partícipe será propuesto por el propio promotor – no hay una intervención de la colectividad de los partícipes-, bien individualmente, bien de forma colectiva –por pertenecer las entidades financieras a un mismo grupo, ámbito territorial o cualquier otro criterio-, recayendo su decisión necesariamente en entidades o expertos independientes de reconocido prestigio (arts. 7.5, párrafo 3º TRLPFP y 49.1, párrafo 2º RFPF). Cabe imaginar, por tanto, que no podrán ser designadas como Defensor del partícipe, entidades o personas asociadas, vinculadas, dependientes, consejeros, directivos o empleados de la entidad promotora ni de la gestora ni de la depositaria del fondo en que se halle integrado el plan⁶⁰⁵.

A esta figura jurídica, muy próxima en su configuración al Pensions Ombudsman inglés, le corresponde resolver las reclamaciones que formulen los partícipes y beneficiarios o sus derechohabientes contra las entidades gestoras o depositarias de los fondos de pensiones en que estén integrados los planes o contra las propias entidades promotoras de los planes individuales (arts. 7.5, párrafo 3º TRLPFP y 49.1, párrafo 2º RFPF). Por tanto, el Defensor del partícipe tiene auténticas facultades dirimentes sobre los asuntos propios de su competencia, lo que significa que las resoluciones adoptadas por éste que resulten favorables a las reclamaciones resultarán vinculantes para las entidades promotoras. En todo caso, conviene aclarar que la vía de tutela de los derechos del partícipe y del beneficiario representada por esta institución es perfectamente compatible con una eventual impugnación judicial o extrajudicial (arts. 7.5, párrafo 4º TRLPFP y 49.2 RFPF). Asimismo, resultará aplicable lo establecido en la normativa específica sobre protección de clientes de servicios financieros, en concreto, lo previsto en el Capítulo V de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero⁶⁰⁶ y su normativa de desarrollo.

En fin, cabe valorar positivamente esta supresión de la comisión de control en los planes individuales ya que, como se dijo más arriba, las labores de supervisión y vigilancia que esta institución comporta iban a ser más formales que reales en esta modalidad de planes. Ahora bien, no cabe

⁶⁰⁴ TAPIA HERMIDA, A.: *Manual de Derecho de seguros...*, op. cit., p. 295.

⁶⁰⁵ Art. 18 del *Reglamento del Plan de Pensiones Individual Winterthur*.

⁶⁰⁶ BOE 23 noviembre 2002.

desconocer que con esta medida se produce una pérdida del poder decisorio de los partícipes y, lo que es más importante, un incremento del poder de gobierno y administración de las entidades financieras, únicas que pueden actuar como promotoras de estos planes. Ello nos hace volver a insistir en el cada vez mayor distanciamiento que se produce entre las diversos tipos de planes. La articulación de las facultades de intervención y control de los partícipes y beneficiarios en las modalidades de empleo y asociados a través de dicha comisión de representación de intereses y de participación colectiva en la estructura institucional del sistema de previsión constituido es una muestra más de la silenciosa, pero nítida, separación jurídica de aquéllas con respecto a los planes individuales.

G) Movilización de derechos en un plan individual

En lo que concierne al derecho de movilización o transferibilidad de los derechos consolidados, la norma legal vuelve a distinguir con claridad entre las diferentes modalidades de planes en atención a los sujetos constituyentes, desmarcándose de la regulación anterior en la que se limitaba a establecer una libertad de movilización aplicable a todas ellas. En la actualidad, hay una distinción evidente entre los tipos de planes, no sólo por la mención expresa que se hace a cada uno de ellos, sino porque además se ha pretendido establecer una diversa configuración jurídica del ejercicio del derecho de movilización. Por lo pronto, las diferencias de relieve se ponen de manifiesto nada más dar lectura al artículo 8.8 TRLPFP donde para las modalidades individual y asociado el derecho de separación de los partícipes se enuncia en términos positivos –“podrán”-, mientras para la modalidad de empleo se describe en términos negativos –“no podrán”-⁶⁰⁷. Además, en el caso de estos últimos se remite a lo previsto en las especificaciones del plan, por lo que se delega en el poder de la autonomía contractual colectiva el efectivo reconocimiento del derecho de movilización. Por tanto, cabe apreciar una diferencia de régimen jurídico notable entre los planes individuales y asociados con respecto a los de empleo ya que en aquéllos el ejercicio individual del derecho a transferir a otro plan los derechos consolidados de los partícipes está contemplado y garantizado desde la propia ley, por lo que difícilmente cabría admitir que las especificaciones del plan impusieran algún tipo de restricción al libre ejercicio de este derecho, como por el contrario sí se han habilitado expresamente para el caso de los planes de empleo (art. 8.8, párrafo 4º LPFP)⁶⁰⁸. Esta distinción de los planes asociados e individuales con

⁶⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 8...”, *op. cit.*, p. 316.

⁶⁰⁸ ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.; BLASCO LAHOZ, F. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario...”, *op. cit.*, p. 160.

respecto a los de empleo se produce también con ocasión del tratamiento jurídico de la movilización de los derechos económicos de los beneficiarios, ya que en los planes ocupacionales se elimina la posibilidad de transferir los mismos, salvo por terminación del plan, mientras que en el resto de modalidades se reconoce el derecho de separación, aunque sometido a una serie de limitaciones.

Entrando de lleno en el análisis que la normativa legal y reglamentaria dispensa a los planes individuales en esta cuestión, lo primero que debemos poner de manifiesto son las causas que pueden dar lugar a una eventual movilización, en este caso, de los derechos consolidados. Y así, como ya se ha dicho, cabe hablar del reconocimiento de una libertad plena para decidir la transferibilidad de los citados derechos, ya que el art. 8.8, párrafo 2º TRLPFP señala que aquélla se producirá por decisión unilateral del partícipe, aparte de por terminación del plan. Por tanto, será el partícipe quién, en cualquier momento y por las razones que considere oportunas, decidirá trasladar el ahorro acumulado a otro plan. Conviene señalar que la movilización, de efectuarse, puede afectar a la totalidad de los derechos consolidados o sólo a una parte de los mismos (art. 50 RFPF). En todo caso, hay que recordar que la disposición que realiza el partícipe de sus derechos consolidados únicamente puede tener un destino, el de su integración en el plan o planes de pensiones que designe el partícipe, lo que va a exigir al mismo tiempo la condición de partícipe de éstos por parte de la persona que moviliza los citados derechos (art. 50.3, párrafos 1º y 2º RFPF). La forma del traspaso, de tratarse de planes adscritos a distintos fondos, deberá realizarse necesariamente mediante transferencia bancaria directa, ordenada por la sociedad gestora del fondo de origen a su depositario, desde la cuenta del fondo de origen a la cuenta del fondo de destino (art. 50.3, párrafo 3º RFPF). Por otro lado, el tratamiento que el reglamento realiza del procedimiento para realizar el traspaso permite distinguir dos tipos situaciones, a saber, aquella en la que la movilización de los derechos se efectúa a otro plan integrado en otro fondo de pensiones gestionado por distinta entidad gestora o aquella otra en la que la transferencia se produce a otro plan gestionado por la misma entidad gestora de fondos de pensiones. De ambos supuestos se ocupa el art. 50 RFPF, en sus apartados 4º y 5º, respectivamente.

En lo que respecta al derecho de movilización reconocido a los beneficiarios, los arts. 8.8, párrafo 3º TRLPFP y 50.2 RFPF señalan que se efectuará a petición del beneficiario, siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones previstas en las especificaciones de los planes de pensiones correspondientes. Como se ve, en este caso cabe la posibilidad de que se impongan por el plan determinadas restricciones ante una eventual

movilización, lo que podría tener lugar en el supuesto de prestaciones en forma de renta temporal garantizada o de renta vitalicia con consumo de capital⁶⁰⁹. Por otra parte, hay que señalar que el procedimiento para la movilización de derechos económicos de los beneficiarios es el mismo que para los derechos consolidados de los partícipes, de ahí que el art. 50.6 RPPF señale que las referencias hechas con anterioridad a los partícipes y a sus derechos consolidados deberán entenderse realizadas a los beneficiarios y sus derechos económicos, salvo en el caso de las prestaciones garantizadas por entidad aseguradora u otra entidad financiera, ya que las condiciones y el procedimiento de movilización, en su caso, se ajustarán a lo estipulado en el contrato correspondiente (art. 50.6, párrafo 2º RPPF). Cabe decir, por último, que tanto en un proceso -el de la movilización de los derechos consolidados de los partícipes- como en otro -el del traslado de los derechos económicos de los beneficiarios- no será admisible la aplicación de gastos o penalizaciones sobre los derechos consolidados por movilización (art. 50.7 RPPF).

3.2. Los planes de pensiones del sistema asociado

A) Los sujetos constituyentes: el pleno reconocimiento de la promoción conjunta

En lo que respecta a la condición de promotor o promotores de un plan del sistema asociado, el art. 4.1.b) TRLPFP ha querido distinguir dos tipos de entidades con capacidad para instar la creación de esta modalidad de planes: por un lado, encontraríamos la alusión a cualesquiera asociaciones, y, por otro, la referencia más explícita a los sindicatos. Con respecto a estos últimos, no se plantea ninguna duda interpretativa al respecto, en todo caso valorar muy positivamente su mención expresa, dado que resultan especialmente idóneos para promover un plan de estas características. Más problemática resulta la referencia a las asociaciones en general, dado que cabe plantearse la posibilidad de que otras figuras no estrictamente asociativas puedan ostentar la condición de promotor.

Las dificultades interpretativas en relación a esta cuestión se suscitan en la actualidad como consecuencia de la desaparición de la noción de colectivo en el redactado del art. 4.1.b) TRLPFP, lo que puede suponer que el legislador esté reservando la condición de promotor a aquellos entes que exclusivamente adopten la forma jurídica de asociación. Sin embargo, parece que lo más adecuado es considerar que en el término de “cualquiera asociaciones” tendría cabida cualquier fórmula legal asociativa que cuente con la mínima estructura organizativa para el desempeño de sus fines, incluyendo, por tanto, todo tipo de organizaciones.

⁶⁰⁹ Art. 10.3 de las *Especificaciones del Plan personal de pensiones Grupo Banco Sabadell* (Junio 2004).

Por tanto, el propósito de eliminar la referencia al término “colectivo” no es otro que evitar las meras uniones sin base organizacional cuya única finalidad sea precisamente la de implantar un plan de pensiones⁶¹⁰, algo que, por otra parte, tiene en cuenta el propio RPPF, al exigir que las asociaciones y sindicatos deban estar legalmente constituidos con fines u objetivos comunes distintos del propósito de configurar un plan (art. 51.1)⁶¹¹. Además, la solución vendría avalada por la alusión que el art. 51.2 RPPF realiza a los partícipes como asociados, miembros o afiliados, por lo que parecería estar designando a un abanico amplio de situaciones jurídicas de pertenencia a distintos colectivos.

Por otro lado, el art. 4.1.b) TRLPFP contempla la posibilidad de una promoción conjunta en estos planes, admitiendo que sean varias las asociaciones o sindicatos los que decidan instar su creación. La referencia al promotor en plural no deja ninguna duda sobre esta interpretación, pero también el modo en que el art. 5.1.a) TRLPFP formula el principio de no discriminación en el ámbito de los planes asociados, al considerar que todos los asociados de la entidad o entidades promotoras deberán acceder al plan en igualdad de condiciones y de derechos. Pero mayor rotundidad ofrece el art. 51.1, párrafo 2º RPPF al reconocer expresamente que “distintas asociaciones o sindicatos podrán promover conjuntamente un plan de pensiones del sistema asociado”, exigiendo, asimismo, al igual que para los planes del sistema de empleo, que “el régimen de aportaciones y prestaciones de los partícipes y beneficiarios de cada entidad promotora se recogerán en anexo independiente en las especificaciones del plan”.

En lo que se refiere a los partícipes, el art. 4.1.b) LPFP establece que lo serán los “asociados, miembros o afiliados” de las entidades que promuevan un plan de estas características, haciéndose patente, en este caso, la finalidad del legislador de establecer una formulación lo suficientemente amplia como para contemplar un número importante de vinculaciones de carácter asociativo o de tipo corporativo. Asimismo, no cabe descartar la posibilidad de que la entidad promotora de un plan de estas características tenga establecido simultáneamente un plan del sistema de empleo, lo que podría dar lugar a que un empleado de aquella, que a su vez ostente la condición de asociado, miembro o afiliado pudiera ser partícipe de ambos tipos de planes⁶¹². Así, la condición de empleado no tiene porque ser un obstáculo para que el potencial partícipe pudiera acceder a un plan asociativo de pensiones, eso sí, siempre y cuando tenga a

⁶¹⁰ ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.; BLASCO LAHOZ, F. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario...”, *op. cit.*, p. 145.

⁶¹¹ Una previsión que cabe considerar como una transcripción casi textual del art. 81 LCS, en lo que se refiere al contrato de seguro de grupo. *Vid.* MARCOS CARDONA, M.: *Tributación de los planes y fondos de pensiones*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 37.

⁶¹² REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales de los Planes y Fondos de pensiones”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, p. 231.

su vez la condición de socio, miembro o afiliado de la entidad promotora. Más difícil resulta aceptar la posibilidad de que lo sean los meramente empleados, sin la condición, por tanto, de asociados, miembros o afiliados, no pudiendo, de esta forma, acceder como partícipes al plan asociativo de pensiones constituido por su empleador. Por ello, y aún cuando en la práctica se hayan podido contemplar situaciones de este tipo⁶¹³, lo cierto es que se nos antoja una interpretación demasiado laxa aquella que admitiría tal opción en base a la escasa importancia que el diseño legal concede a los caracteres subjetivos de cada modalidad, facilitando de esta forma el acceso de los individuos a los planes de pensiones, por encima incluso de que se alterara o no el diseño subjetivo preestablecido⁶¹⁴.

B) El principio de no discriminación: la posibilidad de constituir planes de distintas modalidades

Como ya se ha comentado, el hecho de que en el sistema de empleo se den contribuciones por parte del promotor o, incluso, que haya una financiación del plan a su exclusivo cargo, cuestión que no se da en el resto de planes, refuerza la idea de la mayor incidencia del principio de no discriminación en los planes del ámbito profesional, ya que con ello se trata de eliminar cualquier conducta empresarial tendente a excluir a determinados empleados favoreciendo a un colectivo específico o grupo de trabajadores homogéneo. Aún así, el principio de no discriminación también tiene relevancia en el ámbito de los planes asociados, ya que la configuración del sistema de previsión parte en todo momento de la existencia de un colectivo definido o un grupo de características similares, por lo que resulta lógico que el sistema legal se preocupe por evitar la adopción de medidas que supongan la exclusión injustificada de determinados miembros del mismo. De ahí que este principio tenga su traducción particular en los planes asociados señalándose que no será discriminatorio “cuando todos los asociados de la entidad o entidades promotoras puedan acceder al plan en igualdad de condiciones y de derechos” [art. 5.1.a) TRLRFP].

Al igual que en los planes individuales, cabe pensar en dos momentos distintos en los que se pone de manifiesto este principio básico: por un lado, aquel en el que los sujetos adquieren la condición de partícipe y, por otro, en lo que se refiere al régimen de aportaciones y prestaciones del mismo. De ambas situaciones se ocupa el art. 52 RFP al establecer que

⁶¹³ El art. 5 del *Plan Asociado de pensiones de los trabajadores de la vid del marco de Jerez* incorpora como partícipes a aquellos que se encuentren “como trabajadores del sector vinícola que hubieran podido ser mutualistas en el pasado”.

⁶¹⁴ ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, F. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario...”, *op. cit.*, p. 145.

“un plan del sistema asociado será no discriminatorio cuando todos los asociados de la entidad o entidades promotoras puedan acceder al plan en igualdad de condiciones y derechos, sin perjuicio de los diferentes derechos consolidados y prestaciones que se deriven de las diferentes aportaciones de los partícipes”.

Respecto al primer elemento de análisis, el relativo al acceso al plan, cabe pensar que la referencia al principio de igualdad, en lo relativo a las condiciones y derechos, no impediría el establecimiento de requisitos de acceso ligados a la antigüedad de los asociados, miembros o afiliados, siempre y cuando tal exigencia fuera para todos por igual. En definitiva, se trataría de trasladar a los planes asociados la facultad legalmente prevista en los planes del sistema de empleo de imponer un tiempo mínimo de vinculación en la empresa a los efectos de poder adquirir la condición de partícipe. Sin embargo, no parece que esta sea la opción escogida por los Reglamentos de planes de pensiones de carácter asociado al exigir únicamente la condición de colegiado⁶¹⁵, afiliado⁶¹⁶, asociado⁶¹⁷ o Mutualista⁶¹⁸ para acceder de forma inmediata al plan.

En segundo lugar, el desarrollo reglamentario admite la posibilidad de que los partícipes puedan realizar aportaciones económicas distintas, sin que tal circunstancia suponga una vulneración del principio de no discriminación, aún cuando ello de lugar a derechos consolidados y prestaciones diferentes (art. 52.1 RPPF). En realidad, lo que se protege en este sentido bajo el principio de no discriminación, al igual que los planes individuales, es el que no se pueda negar a cualquiera de los partícipes de un plan asociado el acceso a todas y cada una de las condiciones de financiación o de protección previstas en el mismo. Lo que supone, al mismo tiempo, la imposibilidad de crear regímenes diferenciados pensados en exclusiva para determinados miembros o asociados y vetados, por tanto, para el resto de colectivos. Ahora bien, ello no es óbice para que se de una diversificación de aportaciones por los partícipes de un plan de esta modalidad, cuestión que no cabría calificar de discriminatoria siempre que esta posibilidad de realizar más o menos aportaciones se conceda a todos los partícipes. Reténgase que los colectivos de partícipes de este tipo de planes pueden ser muy heterogéneos y, por ello mismo, sus necesidades de cobertura de riesgos muy distintas⁶¹⁹, de modo que la diversificación de

⁶¹⁵ Art. 1 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid*.

⁶¹⁶ Art. 7 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Asociación General de Empleados y Obreros de Ferrocarriles de España*.

⁶¹⁷ Art. 3 del *Reglamento del Plan Asociado de Pensiones Tramerfe, Plan de Pensiones*.

⁶¹⁸ Art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones Asociado del Montepío y Mutualidad de la Minería Asturiana*.

⁶¹⁹ BLANCO MARTÍNEZ, R.: “Las posibilidades abiertas por la regulación de planes y fondos de pensiones”, *Temas Laborales*, núm. 14, 1989, p. 87.

aportaciones puede ser una buena solución para atender mejor las demandas concretas de determinados partícipes en función de sus circunstancias personales y profesionales.

Finalmente, el art. 52.3 RPPF considera, asimismo, perfectamente compatible con el principio de no discriminación el que un mismo promotor pueda instar la constitución de varios planes de distintas modalidades, en concreto, de prestación definida, aportación definida o mixtos. El reconocimiento de esta facultad supone insistir en la posibilidad de dotar a los planes asociados de ciertos mecanismos que permitan flexibilizar el régimen protector general aplicable al conjunto de los partícipes. Además, esta opción a disposición del promotor trataría de paliar la inexistencia de la figura de los subplanes en esta modalidad. En cualquier caso, hay que decir que la apuesta por favorecer que los planes asociados tengan mayor capacidad de adaptación a las necesidades de los colectivos que componen la asociación o el sindicato a través de una eventual constitución de planes distintos, puede resultar loable, pero en modo alguno la vía más apropiada, ya que el mismo resultado se hubiera conseguido, además de ser una fórmula más sencilla y menos costosa, de reconocerse la posibilidad de constituir subplanes⁶²⁰. Cabe pensar, en todo caso, que el legislador ha descartado esta opción de acuerdo a las mayores dificultades que en estos planes pueden existir a la hora de fijar criterios objetivos y razonables que permitan el establecimiento de colectivos diferenciados a los que se les apliquen especificaciones particulares. Se ha creído, por tanto, que resultaba más fácil dejar en manos de los partícipes la decisión de adherirse a aquel plan que consideraran más adecuado en función de sus necesidades individuales.

C) Las obligaciones estipuladas (aportación definida, prestación definida o mixtos) y el régimen de aportaciones

Frente a los planes individuales, que únicamente pueden instrumentarse través del sistema de aportación definida, los planes asociados pueden ser además de prestación definida o mixtos (arts. 4.3 TRLPFP y 51.3 RPPF), asimilándose en esta cuestión a los planes del sistema de empleo, al poder optar también estos últimos por cualquiera de las modalidades anteriores. Una equiparación que en modo alguno resultó fácil en el trámite parlamentario, dado que no se permitía que los planes asociados pudieran ser de prestación definida. En cualquier caso, el plan podrá optar por cualquiera de los tres modos de instrumentación económico-financiero que considere más conveniente. Ahora bien, en el

⁶²⁰ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 174 y ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, F. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario...”, *op. cit.*, p. 152.

caso de que se prevean prestaciones definidas para cualquier contingencia, así como las garantizadas a los beneficiarios, una vez acaecida cualquier contingencia y sus reversiones, el plan deberá garantizar las mismas en su totalidad mediante los correspondientes contratos previstos por el plan con entidades aseguradoras u otras entidades financieras, el cual, en ningún caso, asumirá los riesgos inherentes a dichas prestaciones (art. 51.3, párrafo 2º RPPF).

Por otra parte, hay que recordar que una de las características del régimen de financiación de esta modalidad es que el promotor no contribuye económicamente, siendo el partícipe el encargado de realizar las aportaciones correspondientes. Así, el RPPF reitera esta cuestión señalando expresamente que en estos planes “no existirá aportación de la entidad promotora”. Una previsión en cierto modo criticable, ya que lo más adecuado hubiera sido eliminar esta restricción en los planes asociados, ya que en la práctica puede que se produzcan de otro modo contribuciones al plan por parte del promotor, en concreto, mediante la realización de donaciones o aportaciones a título gratuito, bien directamente al plan o través del fondo de pensiones en que el plan se integre (art. 5.2, párrafo 2º RPPF), de ahí que no resulte descabellado el haber otorgado a las entidades promotoras la facultad de contribuir económicamente a los mismos, dejando tal decisión en manos de los órganos de gobierno o de representación de las asociaciones o colectivos correspondientes.

D) La promoción de un plan de pensiones asociado

Como ya se ha dicho, con la aprobación de TRLPFP, que incorpora como se sabe las modificaciones introducidas por la Ley 24/2001, se ha querido establecer un distanciamiento en el régimen jurídico constitutivo de cada una de las modalidades. Precisamente, esta diferenciación ha tenido lugar también con respecto al proceso de implantación de estos instrumentos privados de previsión, dado que se ha optado por la eliminación de la comisión promotora en los planes individuales y asociados, de modo que para ambas modalidades se establece que “serán las entidades promotoras quienes adoptarán los acuerdos y ejercerán las funciones asignadas por esta normativa a la comisión promotora de los planes del sistema de empleo” (art. 9.1.b) LPFP). Por tanto, le corresponderá a la entidad promotora ultimar el proyecto de especificaciones del plan y proceder a la presentación del referido proyecto ante el fondo de pensiones en que pretenda integrarse. Aparentemente, todo ello trae como consecuencia que en la fase constitutiva del plan no haya intervención alguna de los potenciales partícipes, lo que ya matizamos en su momento al advertir que en los planes asociados sí existirá una eventual

participación de los interesados en atención a las características de los colectivos que promueven los mismos. Por contra, en los planes individuales resulta imposible la intervención de los potenciales partícipes en la elaboración e implantación del plan.

Por otro lado, los planes individuales y asociados también guardan similitudes en lo que al proceso de información previa y periódica que los mismos deben suministrar a los partícipes se refiere, ya que como señala el art. 54.2 RFPF la citada información se regirá en los planes asociados de acuerdo a lo establecido en el art. 48 RFPF para los planes individuales. Por tanto, todas las exigencias informativas establecidas reglamentariamente para los planes individuales se trasladan en su integridad a los de carácter asociado, si bien habrá que tener en cuenta las menciones que pudieran ser aplicación en relación con los planes de prestación definida contenidas en el art. 34 RFPF para el caso de los planes de empleo.

E) La comisión de control

Los planes asociados, a diferencia de los del sistema individual, están obligados a constituir una estructura de supervisión y control de participación de los interesados. En concreto, una vez adoptado el acuerdo de admisión del plan en el fondo, el promotor del plan asociado instará la constitución de la pertinente comisión de control del plan en un plazo no superior a 12 meses desde la formalización del plan. En todo caso, y en tanto no se constituya la comisión de control, las funciones atribuidas a ésta corresponderán al promotor del plan (art. 54.3 RFPF). Hay, por tanto, una aproximación en este caso a los planes del sistema empleo, en coherencia con el carácter o la dimensión colectiva de ambas modalidades, pero también se pueden encontrar algunas diferencias sustanciales, como se verá.

Así, al igual que en los planes del sistema de empleo, la comisión de control estará formada por representantes del promotor o promotores y partícipes y, en su caso, de los beneficiarios del plan, teniendo en cuenta, que si el plan se quedara sin partícipes, la representación atribuida a éstos corresponderá a los beneficiarios (arts. 7.4 TRLFPF y 53.1 RFPF). Sin embargo, nada se dice de la opción prevista para los planes del sistema de empleo de que los representantes de los partícipes puedan ostentar la representación de los beneficiarios del plan de pensiones (art. 7.2 TRLFPF), por lo que habría que considerar que de existir los mismos siempre deben contar con una representación específica en el ámbito de los planes asociados.

Por otra parte, también el modo en que debe quedar compuesta la comisión de control parece apartarse de lo dispuesto para los planes del sistema de empleo, ya que si bien el art. 7.3 TRLPFP establece para estos últimos y con carácter general una representación paritaria de sus elementos personales, en el caso de los planes asociados no se tiene por que respetar esta condición, quedando más abierta la composición del órgano de supervisión. Así, señalan los arts. 7.4 TRLPFP y 53.1, párrafo 2º RFPF que la mayoría de sus miembros, independientemente de la representación que ostenten, deberá estar compuesta por partícipes asociados o afiliados de la entidad promotora. A través de esta previsión se ha querido garantizar no tanto la supremacía de la representación de los partícipes frente a la de los promotores, aunque en la práctica parece que esto será así⁶²¹, sino más bien que la comisión de control esté formada mayoritariamente por asociados y afiliados que tengan la condición de partícipes, sin perjuicio de que éstos pueda ostentar la representación de la parte promotora⁶²². Reténgase que la estructura de autogestión que está presente en las entidades promotoras de este tipo de planes, en la que los potenciales partícipes del plan pueden ser a su vez miembros de los órganos asamblearios o de gobierno de la asociación o sindicato, dificulta el que se pueda dar una nítida separación entre la representación de los promotores y la de los partícipes. Por último, cabe recordar que en los planes de pensiones asociados de promoción conjunta podrán establecerse sistemas de representación conjunta o agregada en la comisión de control de los colectivos de promotores, partícipes y beneficiarios, respectivamente (art. 53.2 RFPF).

Por lo que se refiere al procedimiento de designación o elección de los miembros de la comisión de control, los arts. 7.4, párrafo 4º TRLPFP y 5.1.3, párrafo 3º RFPF han previsto que éste se efectúe directamente por parte de los órganos de gobierno o asamblearios de la entidad promotora, pudiendo recaer en miembros integrantes de estos órganos, lo que no impediría, en su caso, que se pudiera llevar a cabo un proceso electoral con esta finalidad. En todo caso, la designación de los componentes de la comisión de control de un plan de pensiones asociado está sometida a una limitación que en modo alguno cabe desconocer, nos referimos a que la misma no podrá recaer en “personas físicas que ostenten, directa o indirectamente, una participación en una entidad gestora de fondos de pensiones superior al cinco por ciento del capital social desembolsado de esa entidad” (art. 53.4 TRLPFP). Esta exigencia se halla ligada a la necesidad de garantizar la independencia de la comisión de control en su función fiscalizadora, lo que, en buena lógica, resulta pertinente al objeto

⁶²¹ Un ejemplo en el art. 37.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid*.

⁶²² ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.; BLASCO LAHOZ, F. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario...”, *op. cit.*, p. 157.

de que queden al margen de la comisión aquellos sujetos que participan de una manera significativa en el capital de la Entidad Gestora⁶²³. Sin embargo, planea sobre esta cuestión un aspecto no resuelto por la norma y que ha tenido su reflejo en las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo y que, en consecuencia, también podrían incorporarse a los planes asociados. Se trata de determinar hasta donde alcanza esa prohibición, especialmente si nos encontramos con una participación indirecta en la Entidad Gestora. En este sentido, cabría preguntarse si es suficiente la interpretación por la cual la prohibición contenida en el art. 31.4 RFPF, para los planes de empleo, y en el art. 53.4 RFPF, para los asociados, sólo hace referencia a la participación propia del representante en el capital de la Entidad Gestora, y no a una eventual participación por cuenta de otros sujetos⁶²⁴. Cuestión, por tanto, que debería tener una respuesta en los reglamentos de los planes de pensiones al objeto de que fueran éstos los que establecieran las limitaciones pertinentes de manera que se pudieran evitar situaciones de coincidencia total o parcial entre el patrimonio del promotor y la entidad gestora según sea el grado de participación del primero en el capital social del segundo⁶²⁵.

En lo que respecta a las funciones de la comisión de control de un plan asociado, hay que recordar que serán las mismas que las establecidas para el promotor de los planes individuales y que están previstas en el art. 47.1 RFPF. Cuestión distinta es el modo en que debe efectuarse la toma de decisiones en el seno de la comisión de control que, lejos de estar reglamentada siquiera parcialmente como en el caso de los planes del sistema de empleo, se deja en manos de las especificaciones de los planes asociados.

F) Movilización de los derechos consolidados

Por último, y en lo que concierne al derecho de movilización o transferibilidad de los derechos consolidados, hay que recordar lo apuntado con anterioridad en relación a la diferenciación jurídica que la norma legal ha querido establecer entre los planes individuales y asociados con respecto a los de empleo. En este caso, el legislador ha querido aproximar jurídicamente a los planes que se encuadran en el tercer pilar, sometiéndolos a un régimen normativo común. Así, las causas que pueden dar lugar a una eventual movilización de los derechos consolidados de los partícipes son las mismas -por decisión unilateral del partícipe o por

⁶²³ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 397.

⁶²⁴ Sobre esta cuestión ya ha habido un pronunciamiento jurisprudencial a favor de entender que la vinculación como afiliados que mantenían los miembros de la Comisión de Control con los sindicatos UGT y CCOO, que sí participaban con más del 5 por 100 en el capital de la Entidad Gestora de su Fondo, no es suficiente para que quede acreditada la causa de incompatibilidad [SAN 1 julio 1997 (*AS* 1997, 2275)].

⁶²⁵ *Vid.* REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 235.

terminación del plan-, añadiendo una más, cuando el partícipe pierda la condición de asociado del promotor (arts. 8.8, párrafo 2º TRLPFP y 55.1 RFPF). Por tanto, será el partícipe quién, en cualquier momento y por las razones que considere oportunas, decidirá trasladar el ahorro acumulado a otro plan. Conviene señalar que la movilización, de efectuarse, puede afectar a la totalidad de los derechos consolidados o sólo a una parte de los mismos (art. 55.1 RFPF).

En lo que respecta al derecho de movilización reconocido a los beneficiarios, también se efectuara del mismo modo en ambos tipos de planes, en concreto a petición del beneficiario, siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones previstas en las especificaciones de los planes de pensiones correspondientes (arts. 8.8, párrafo 3º TRLPFP y 55.2 RFPF). También el procedimiento para la movilización de derechos consolidados y económicos de los partícipes y beneficiarios es el mismo en ambos casos, de ahí que el art. 55.3 RFPF señale que lo dispuesto para los planes individuales será de aplicación a los planes asociados.

CAPÍTULO III: LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO

I. SIGNIFICACIÓN DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: ASPECTOS PRELIMINARES

Por las circunstancias que a continuación se expondrán, los planes de pensiones del sistema de empleo están llamados a jugar un papel nuclear dentro del ámbito de las pensiones privadas. Su hasta ahora tímida implantación en el ámbito empresarial español no empece para que con el tiempo se puedan convertir en un instrumento de enorme relevancia en el marco de la previsión social. Al menos esas son las pretensiones que de un lado y de otro se están haciendo patentes cada vez que se inicia un nuevo proceso reformista en los sistemas de pensiones, no sólo en nuestro país sino también en el marco europeo. Por tanto, teniendo en cuenta este aspecto, esto es, el protagonismo que esta modalidad de planes está teniendo y, lo que es más importante, el interés que en cada intento reformador se demuestra por expandir los mismos en el tejido productivo español, resulta necesario dejar anotado con carácter previo al estudio de estos mecanismos de previsión los factores o condicionamientos de este proceso de expansión gradual y paulatina de los planes del sistema de empleo. Paralelo a este proceso, parece igualmente oportuno abordar su problemático encuadramiento en el ámbito del Derecho Social, ya que al igual que crece el interés por el desarrollo de aquéllos también la doctrina iuslaboralista ha prestado mayor atención a los aspectos jurídico-laborales que se derivan de los mismos. Por ello, resulta obligado en este punto realizar algunas reflexiones sobre la inclusión de los planes del sistema de empleo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Empezando por el primer punto reseñado, se pueden registrar al menos tres factores que están incidiendo en la potenciación de los planes del sistema de empleo: de un lado, el protagonismo que estos instrumentos de previsión empresarial ya tenían en el marco europeo, pero ahora con una clara reorientación de estos instrumentos hacia las fórmulas de capitalización individual⁶²⁶, en paralelo con el mayor intervencionismo de las autoridades comunitarias en el proceso de armonización gradual de las pensiones privadas de base empresarial; de otro, la opción legal claramente manifestada en los últimos tiempos por dar preferencia al desarrollo de la previsión social complementaria en el marco empresarial, con una clara apuesta por la sustitución de las formas primitivas de instrumentación de los complementos de pensiones por los planes; y, por último, el propio contexto de flexibilización de las relaciones laborales y potenciación de la autonomía colectiva e individual en el contexto empresarial.

⁶²⁶ Se destaca por la doctrina francesa los casos de Bélgica, Alemania, Austria, España e Italia como los países que están haciendo esfuerzos notables para su efectivo desarrollo (CHASSARD, Y.: "Réforme des retraites: quelques idées glanées chez nos voisins européens", *Droit Social*, núm. 3, 2003, p. 324).

Con respecto al primero de los aspectos apuntados, cabe decir que el relanzamiento de los planes de pensiones del sistema de empleo debe relacionarse con el proceso de transformación que los Estados europeos están experimentando en relación a la financiación del brazo contributivo de sus sistemas públicos tradicionales basados en un sistema financiero de reparto. Así, algunos países, entre ellos Suecia, han optado por la incorporación de un segmento de capitalización obligatoria y de gestión privada dentro del pilar profesional. Con tal medida se trataría de incorporar un mecanismo de equilibrio o de redistribución del riesgo ante las dificultades planteadas por el envejecimiento de la población y la reducción de los niveles de sustitución⁶²⁷. Ello conduce a que en el marco de las pensiones contributivas del sistema convivan dos mecanismos de aseguramiento alternativos. Pero en lo que aquí interesa, ello supone que los destinatarios de esta medida sea el conjunto de la población activa, lo que nos remite necesariamente al ámbito de actuación de los regímenes complementarios profesionales o colectivos (planes del sistema de empleo) y a su consiguiente expansión. Por tanto, algunas de las orientaciones reformadoras en los sistemas nacionales europeos pasa por desplazar cierto volumen de gasto social hacia el modelo de capitalización⁶²⁸, con carácter voluntario o de forma obligatoria, haciendo que el segundo pilar de la protección social tenga un carácter mixto, público y privado. En esta configuración, adquieren un papel destacado las formas de previsión social de la vejez de base profesional o empresarial como complemento de carácter privado de las pensiones públicas. Pero, es más, como ya se comentó con anterioridad, esta generalización de la previsión social complementaria vía regímenes profesionales de carácter privado y de base empresarial cuenta con el aliento promocional de las instituciones comunitarias, que cada vez con mayor insistencia están haciendo visibles un conjunto de iniciativas tendentes a favorecer una adecuada coordinación en el ámbito de las pensiones complementarias. En suma, las tendencias reformistas en el marco europeo, promocionadas en gran medida desde los estamentos comunitarios, pasan por apoyar con especial denuedo las fórmulas de capitalización individual⁶²⁹. Y aún cuando la plasmación en la práctica de éstas difiera de un país a otro⁶³⁰, lo cierto es que existe una

⁶²⁷ TORTUERO PLAZA, J. L. y AGUILA CAZORLA, O. del: “Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 54, 2004, p. 67.

⁶²⁸ FERRERAS ALONSO, F.: “La evolución de la Seguridad Social en la Unión Europea con especial referencia a las pensiones”, en VV. AA. (López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. eds.): *El Estado del bienestar...*, op. cit., p. 53.

⁶²⁹ VÁZQUEZ MARISCAL, A.: “La reforma del sistema de pensiones en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social internacional y comunitario)*, núm. 54, 2004, p. 36.

⁶³⁰ *Vid.*, en este sentido, el número 3 de la *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social* de iustel.com en el que a través de diferentes artículos se estudia la implantación de los planes/fondos de pensiones en diferentes países europeos.

tendencia a su materialización en el segundo pilar –colectivo o profesional– de los sistemas de protección social y a que las mismas se concierten a nivel empresarial o sectorial⁶³¹.

En segundo lugar, el papel cada vez más significativo de los planes del sistema de empleo en el ámbito de las pensiones privadas debe conectarse igualmente con la mayor relevancia que los mismos están adquiriendo en el modelo legal de planes en su conjunto. Se puede decir, sin lugar a dudas, que nuestro legislador ha pasado de una etapa de indiferencia normativa respecto a este tipo de planes a otra (la actual) caracterizada por un decidido apoyo a los mismos. Este inusitado interés en promocionar los planes empresariales se fundamentaría en la evidencia de que la generalización de la previsión social complementaria encuentra en el mercado de trabajo (la población activa) la base esencial para su expansión. De ahí que las reformas operativas en materia de planes hayan incidido en este aspecto, a saber, en la necesidad de favorecer la utilización de este tipo de planes en dicho ámbito.

Y, en este sentido, varios factores están contribuyendo a que eso sea así, con el apoyo decisivo y fundamental del legislador. El primero de ellos, como se recordará, está relacionado con el proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas. Dicho proceso representa un paso hacia delante en el relanzamiento de los planes del sistema de empleo al imponer como obligatoria la externalización de las obligaciones de previsión soportadas por el empresario y gestionadas con fondos internos. Pero además, supone, como se dijo, el intento de reconducción de los actuales sistemas complementarios de pensiones al régimen de los fondos de pensiones. Es decir, la transformación de las figuras de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social en prestaciones de carácter privado.

El segundo de estos factores está constituido por la apertura de mayores espacios de intervención a la negociación colectiva reflejados en la ordenación normativa de los planes del sistema de empleo. Este mayor protagonismo de la autonomía colectiva se ha convertido en uno de los aspectos que debe incidir en el desarrollo de los regímenes de protección social complementaria. Como se recordará, se ha pasado de una tímida o casi inexistente alusión a la autonomía colectiva en materia de previsión social privada a una etapa de claro refuerzo de su función como instrumento idóneo de implantación de los regímenes profesionales,

⁶³¹ Una de las ventajas que el gobierno alemán ha valorado a la hora de fomentar la opción por un aseguramiento colectivo o empresarial de la vejez es la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se consigan condiciones contractuales más ventajosas que con la concertación individual de la vejez; como por ejemplo la reducción de los costes de administración contractuales (COLÁS NEILA, E.; FARGAS FERNÁNDEZ, J. y PUMAR BELTRÁN, N.: “Déficits de solidaridad en la política de pensiones en Europa: pensiones complementarias y la “Reforma Reister” en Alemania”, *Revista de Derecho Social*, núm. 27, 2004, p. 226.).

especialmente en lo que se refiere a los planes de carácter sectorial o de ámbito supraempresarial.

El tercero de los factores debe conectarse con la generalización de la protección social complementaria en el sector público a partir de la superación de los obstáculos que impedían aquella, a saber, con la consideración de pensión pública de las prestaciones complementarias, con la consecuente sujeción a las reglas de concurrencia y al tope de máximo de pensiones y, por otro, con la prohibición de destinar recursos públicos a su financiación. La eliminación de estas dos limitaciones ha supuesto una clara apuesta del legislador por fomentar el desarrollo y la implantación de la previsión social voluntaria, especialmente de los planes del sistema de empleo en el marco del sector público.

Por último, se puede señalar el cuarto condicionante respecto al papel nuclear que los planes del sistema de empleo pueden jugar en el ámbito de las pensiones privadas. Se trata de una cuestión que ya se abordó con anterioridad y que se refiere al mayor distanciamiento jurídico que en la actualidad existe entre las distintas modalidades de planes. Como se recordará, se ha producido un avance en favor de una regulación jurídica singularizada capaz de atender las peculiaridades de cada tipo de plan, y en el caso específico de los del sistema de empleo con la idea de posibilitar una mayor conexión con su ámbito de actuación de referencia, esto es, las relaciones de trabajo. Con ello se ha pretendido eliminar las disfunciones que un tratamiento conjunto y unificador de todas las modalidades de planes presentaba. Esta mejora debe interpretarse también en el sentido de pretender con ello relanzar de forma separada cada uno de los planes, especialmente los del sistema de empleo, que han sido en cierto modo los más necesitados de este tratamiento diferenciador.

Finalmente, debe dejarse anotado, como elemento coadyuvante de la relevancia que en el futuro pueden adquirir los planes del sistema de empleo en el marco de la previsión social voluntaria, el contexto de flexibilización del sistema de relaciones laborales. Sin querer entrar en esta cuestión que se abordará de forma más detenida en otro apartado de este trabajo, únicamente interesaría comentar que dicha flexibilidad confiere a los planes de pensiones un campo de actuación notable a raíz del repliegue del modelo legal garantista en las relaciones laborales. En consecuencia, el mayor poder de autonormación colectiva en la era de la constitución flexible del trabajo juega a favor de este mayor protagonismo de los planes en dicho ámbito. Al mismo tiempo, el auge del mercado en las nuevas políticas sociales de previsión permite vislumbrar nuevas dimensiones de actuación de la negociación colectiva, entre ellas las de protección social complementaria. Y, precisamente, son los planes de este tipo, los de empleo, los que presentan una especial virtualidad para la experimentación y la innovación en aquel campo habida cuenta de su vinculación al mundo

del trabajo y la gestión de los recursos humanos en el mundo de las relaciones de producción⁶³².

En otro orden de cosas, nos referíamos al principio de este apartado al creciente interés que la doctrina social ha prestado a los planes de pensiones, y en especial a los del sistema de empleo, lo que exigía plantearnos su verdadera ubicación en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pues bien, parece oportuno, en este sentido, dejar constancia inicialmente de que tal materia difícilmente se puede ubicar en una disciplina en concreto. Y es que resulta aceptado de manera general que en los planes y fondos de pensiones se entrecruzan normativas de distinto signo y pertenecientes a distintos ámbitos del Derecho⁶³³. Y ello pese a que como ya se ha tenido ocasión de comentar con el tratamiento dispensado por la LPFP a la distribución competencial en la materia parece bastante claro que estamos ante una legislación de orden mercantil y financiera⁶³⁴.

Sin embargo, y pese a esta afirmación general, en los planes del sistema de empleo son muy significativos los aspectos socio-laborales que de los mismos cabe destacar. De entrada, la implantación de aquéllos exige de la existencia de una relación laboral (o funcional/estatutaria) entre promotor y partícipe. Ello nos permite advertir del influjo que el Derecho del Trabajo en su vertiente individual puede tener en la materia⁶³⁵, sobre todo en cuestiones tales como el acceso y la participación de los trabajadores en el sistema privado de pensiones o en lo que se refiere a las condiciones de mantenimiento de los derechos de pensión como consecuencia de las alteraciones (modificativas o extintivas) que se produzcan en la relación de trabajo. Por otro lado, en la génesis del plan como en la fase del desarrollo del mismo cobra una especial importancia el Derecho común de la negociación colectiva. En el origen, porque habitualmente dicho instrumento de previsión será objeto de implantación a

⁶³² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al artículo 4.1.a) del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dirs.): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley...*, *op. cit.*, p. 75.

⁶³³ Desde “la estrictamente mercantil, dadas las múltiples implicaciones financieras de su contenido al tratarse de técnicas de estímulo del ahorro y de fortalecimiento del mercado de capitales; la fiscal, habida cuenta de los incentivos previstos al efecto, o incluso la puramente administrativa, dado el fuerte intervencionismo que incluye la Ley y el amplio margen dejado para su desarrollo reglamentario, así como los numerosos controles que los poderes públicos ejercen en la materia” (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario de...”, *op. cit.*, p. 1026). Para LYON-CAEN el ámbito de la previsión social voluntaria en el marco empresarial puede ser abordada desde el ángulo del Derecho del Trabajo, considerada como un anexo del Derecho a la Seguridad Social y analizada en tanto que actividad económica a partir del Derecho mercantil o de mercado (*La prévoyance*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 9-12).

⁶³⁴ Para ESCUDERO RODRÍGUEZ son las ramas mercantil y fiscal las que cobran especial relieve en la legislación de planes de pensiones, eclipsando, de algún modo, a las restantes (“Comentario de Legislación”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, p. 1012). También con anterioridad a la aprobación de la Disp. Final 4ª LPFP, el Tribunal Supremo ya advirtió que estábamos ante “una institución propia del Derecho Mercantil” [29 noviembre 2000 (*AS* 2000, 1439)].

⁶³⁵ Como indica REGUERO CELADA “constituye el soporte esencial o núcleo central de tal regulación” (“Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 243).

través de convenio colectivo. Es éste, como norma laboral, el que se encarga de definir los compromisos del empresario y de los trabajadores en materia de protección social voluntaria. Y a lo largo de su ciclo vital, por cuanto dicho mecanismo cuenta con una estructura de supervisión y control participada por los sujetos colectivos. A ello hay que añadir la posibilidad de que la negociación colectiva incida en el plan modificando o incluso suprimiendo pro futuro los compromisos por pensiones contraídos⁶³⁶.

Pero, finalmente, es en el plano de la protección social donde las implicaciones de los planes de pensiones son mayores. Como se recordará, estamos ante una materia que se integra en el ámbito de la previsión social voluntaria. Se trata de mecanismos de aseguramiento libre, en consonancia con el último inciso del art. 41 CE, cuyo objeto es la protección de ciertas necesidades sociales a través del otorgamiento de prestaciones de estricta naturaleza privada, pudiendo actuar con carácter complementario o no al sistema público y obligatorio de protección. Por tanto, de su función se deduce su correcta ubicación en el macrosistema de la protección social, cuyo núcleo central lo constituye el sistema de Seguridad Social. En el supuesto de los planes estaríamos ante un mecanismo de la rama privada de aquél. Un instrumento que por las peculiaridades de su regulación jurídica –que obedece, como se recordará, a un mecanismo más complejo que la mera técnica del seguro- y, en definitiva, por el hecho de centrarse fundamentalmente en la protección complementaria de pensiones, les hace merecedores de un tratamiento diferencial del resto de técnicas de previsión social privada⁶³⁷.

De todo lo dicho hasta aquí se puede inferir que el análisis de los planes de pensiones, en este caso del sistema de empleo, puede (y debe) realizarse desde diferentes perspectivas jurídicas. Pero lo cierto es que más allá de las implicaciones laborales (individuales y colectivas) que hemos visto e, incluso, de la estricta consideración de aquéllos como instituciones de carácter mercantil debe aceptarse que su dinámica de funcionamiento está fuertemente condicionada por su papel como instrumento de protección social voluntaria, complementario o no de la Seguridad Social. De ahí que un correcto análisis de estas figuras, desde la perspectiva del estudioso del Derecho Social, deba tener en cuenta, por supuesto, las distintas vertientes jurídicas apuntadas, pero de forma especial su configuración como instrumento de previsión social de carácter privado⁶³⁸.

⁶³⁶ Como ha apuntado la doctrina italiana, en la previsión complementaria, en la que resultan encuadrables los fondos de pensiones, confluyen algunos de los problemas fundamentales de orden provisional, iuslaboral y sindical. Y ello si tenemos en cuenta su ubicación en el ámbito de la protección social, por un lado, de las relaciones laborales, de otro; e, incluso, de las relaciones colectivas (TURSI, A.: “Riflessioni sulla nuova disciplina...”, *op. cit.*, pp. 77-78).

⁶³⁷ MARQUEZ PRIETO, A.: *Seguridad Social y protección...*, *op. cit.*, p. 198.

⁶³⁸ Dado que los fondos de pensiones empresariales están pensados para los asalariados, a juicio de BARTHÉLÉMY, toda regulación de éstos debe tener en cuenta la primacía del Derecho del Trabajo en este punto, señaladamente en el sentido de condicionar los derechos fiscales y de previsión asociados a

Siendo más precisos, debería aceptarse que los planes de pensiones se insertan en el Derecho privado de la protección social⁶³⁹, siendo en esencia mecanismos privados (indiferenciados) aseguradores de protección, con el consiguiente protagonismo de las técnicas jurídicas de la rama del seguro en este punto⁶⁴⁰, pero, al mismo tiempo, debería tenerse en cuenta su encuadramiento mucho más general en el ámbito de la protección social, y de forma especial su más que previsible función de complementariedad del sistema de Seguridad Social, con los consiguientes influjos de ésta.

II. ELEMENTOS PERSONALES DEL PLAN DE PENSIONES: EL CARÁCTER PROFESIONAL DEL PLAN DEL SISTEMA DE EMPLEO Y EL MARCO EMPRESARIAL O SUPRAEMPRESARIAL ADECUADO PARA SU ORGANIZACIÓN

La identificación de los elementos personales de los planes de pensiones en general ha sido una cuestión ciertamente problemática. Por un lado, por cuanto los preceptos legales y reglamentarios ocupados de definirlos, en concreto los arts. 3 TRLPFP y 2.2 RFPF, aluden únicamente a aquellos –promotor y partícipes- que participan en la gestación del acuerdo contractual necesario para su puesta en funcionamiento, sin tener en cuenta la existencia de otros sujetos intervinientes en la instrumentación y desarrollo del plan –entidad promotora del fondo, entidad gestora y depositaria-⁶⁴¹. Por otro lado, porque además de limitar el ámbito personal de los planes de pensiones al de los partícipes, promotores y, en su caso, beneficiarios, el art. 3.1 TRLPFP tan sólo reconoce como sujetos constituyentes a los dos primeros sin tener en cuenta la intervención de otros, como es el caso de la comisión promotora que participa del proceso de promoción y aprobación de los planes de pensiones del sistema de empleo⁶⁴². Realmente, la pluralidad de sujetos intervinientes y participantes⁶⁴³ en el sistema de previsión representado por los planes y

aquél. Al mismo tiempo, dicha arquitectura jurídica deberá ser capaz de conciliar el Derecho de consumo y de la competencia, de un lado, y el Derecho social, de otro (“Essai sur l’ingénierie juridique des fonds de pension”, *Droit Social*, núm. 5, 1995, p. 528).

⁶³⁹ En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 259.

⁶⁴⁰ Como indica MONEREO PÉREZ “el derecho de la protección social complementaria se impregna cada vez más de Derecho privado: el apogeo de los Fondos de Pensiones incrementa el papel de las técnicas aseguradoras privadas de protección” (*Público y privado...*, *op. cit.*, p. 117).

⁶⁴¹ MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.^a: “Naturaleza y tipología de los planes de pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de Pensiones*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 61.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 61.

⁶⁴³ Así, se han podido distinguir tres categorías de sujetos implicados en el nacimiento y desarrollo de los planes de pensiones: por un lado, estarían los contratantes, que son los elementos personales, es decir, los sujetos constituyentes ampliados a los beneficiarios; por otro, los actuarios, encargados de la revisión de la consistencia financiera y actuarial de las previsiones contractuales de los planes; por último, los garantes, que pueden ser aseguradores o avalistas y su concurrencia en un plan, a diferencia de los dos

fondos de pensiones remite a lo comentado más arriba acerca de la consideración de esta modalidad de protección social voluntaria como un todo institucional, y ello pese a poder identificar dos ámbitos jurídicos netamente diferenciados, el plan, por un lado, y el fondo, por otro. En todo caso, parece que en el ánimo del legislador ha estado presente la idea de hacer prevalecer el contrato asociativo y de constitución representado por el plan como criterio de identificación de los elementos personales de estos sistemas privados de pensiones. Y ello pese a que, como ya se ha dicho en otro lugar, ambos subsistemas –plan y fondo- son interdependientes, formando parte de un sistema integrado pensado para ejecutar un programa de inversión-ahorro con la finalidad de que los sujetos beneficiarios puedan acceder a las prestaciones derivadas de los compromisos adquiridos.

Así, sobre la base del plan, en su consideración de acuerdo de previsión colectiva instituido por las partes interesadas, el legislador construye una doble categoría de sujetos participantes del mismo: los constituyentes, encargados de promocionar el plan y concretar las condiciones para su desarrollo y los beneficiarios, quiénes recibirán las prestaciones objeto del plan. Como sujetos constituyentes, el art. 3.1 TRLPFP designa al promotor y a los partícipes. Del primero, se indica que podrá serlo “cualquier entidad, corporación, sociedad, empresa, asociación, sindicato o colectivo de cualquier clase que insten su creación o participen en su desenvolvimiento [arts. 3.1.a) TRLPFP y 2.2.a) RFPF]⁶⁴⁴. Del segundo, que tendrán tal condición “las personas físicas en cuyo interés se crea el Plan, con independencia de que realicen o no aportaciones” [arts. 3.1.b) TRLPFP y 2.2.b) RFPF]. Finalmente, los arts. 3.2 TRLPFP y 2.2.c) RFPF aluden a los beneficiarios, caracterizándolos como las personas físicas con derecho a la percepción de prestaciones, hayan sido o no partícipes. Todos ellos, promotor, partícipes y beneficiarios tienen la

grupos anteriores, es potestativa (TAPIA HERMIDA, A. J.: *Manual de Derecho de Seguros...*, op. cit., pp. 290-291).

⁶⁴⁴ Esta relación de potenciales promotores se ha mantenido hasta la fecha desde su incorporación al texto del art. 3.1.a) de la originaria LPFP. En todo caso, su anterior redacción, que se mantiene como se ha dicho en la actualidad, fue objeto de numerosas enmiendas -la núm. 131 del Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, la 192 de Coalición Popular, la 274 del CDS y la 330 del Grupo Mixto- las cuáles tenían como objetivo la inclusión de formas específicas de promotores que no encontraban suficiente acomodo en la previsión legal contenida en el art. 3.1.a) LPFP del, en ese momento, proyecto de ley de Regulación de los Fondos de Pensiones. Así, por ejemplo, la enmienda núm. 131 del Grupo de Minoría Catalana entendía que el carácter meramente enunciativo de promotores que el proyecto realizaba no servía para entender incluidos como tales a las asociaciones profesionales y a las organizaciones empresariales. Aún cuando éstos pudieran integrarse en la denominación de “colectivo de cualquier clase”, consideraba este Grupo que se debía llevar a cabo una enumeración específica de aquéllos, ya que de este modo se lograba mejorar el texto. Además, para este Grupo, era imprescindible incluir en la enumeración a los grupos de empresas, pues con ello se conseguía que éstos pudieran tener un plan único y homogéneo para sus trabajadores, en vez de tantos planes como empresas integraran el grupo, evitándose también que al cambiar de empresa dentro del grupo, hubiera que hacer transferencias de fondos de un plan a otro (BOCG, Serie A, Núm. 7-5, 17 noviembre 1986).

cualidad de ser elementos personales de los planes de pensiones (arts. 3.2. TRLPFP y 2.2 RFPF).

Esta concreta configuración legal de los sujetos constituyentes y beneficiarios de un plan de pensiones va a servir no sólo como elemento identificador de los sujetos comprendidos en las categorías mencionadas – perspectiva referencial- sino también como soporte a partir del cuál extraer otros aspectos derivativos de su régimen jurídico de aplicación. Por lo pronto, la amplitud⁶⁴⁵ con la que se designan a los promotores de un plan de pensiones permite pensar en cualquier tipo de persona física o jurídica⁶⁴⁶, comunidad de bienes o demás entidades que, aún carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir compromisos por pensiones (disp. adic. 1ª TRLPFP). Por tanto, el concepto de promotor resulta lo suficientemente abierto⁶⁴⁷ como para integrar entidades de diferente naturaleza, ya sean públicas o privadas (disp. final 2ª TRLPFP).

En todo caso, cabe hacer notar que pese a esta inicial amplitud el legislador ha querido limitar la actuación de las entidades susceptibles de quedar englobadas en el concepto genérico de promotor [arts. 3.1.a) TRLPFP y 2.2.a) RFPF], de modo que no todos los sujetos que de manera general pueden impulsar la creación de un plan van a poder asumir la posición de promotor, según el tipo de plan de que se trate⁶⁴⁸. Y así, en los planes del sistema de empleo, el promotor será una entidad que actúe como empleador; en los planes del sistema asociado, podrá actuar como entidad promotora una asociación o sindicato; y finalmente, en el sistema individual, podrán ser promotoras una o varias entidades financieras. De este modo, en razón de la posición asumida por los sujetos constituyentes el legislador ha elaborado uno de los dos criterios clasificatorios legales de las modalidades de planes de pensiones.

Por lo que respecta a los partícipes y beneficiarios, su identificación se limita a la categoría de las personas físicas, lo que entronca necesariamente con la función desempeñada por los planes de pensiones en el contexto de la protección social general, cuál es la de garantizar prestaciones económicas a largo plazo para cubrir situaciones de necesidad socialmente relevantes y que afectan e inciden directa y exclusivamente en las personas físicas⁶⁴⁹. Por otro lado, la posición jurídica de partícipes y beneficiarios, especialmente la de los primeros, viene determinada por su caracterización

⁶⁴⁵ MORENO ROYES, F.J.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁴⁶ Se cierra el paso, pues, únicamente a la persona física no empresario (TIRADO SUÁREZ, F. J.: “Posición jurídica de los Promotores, Partícipes y Beneficiarios”, en VV. AA.: *Régimen Jurídico de los...*, *op. cit.*, p. 95).

⁶⁴⁷ Para MANRIQUE LÓPEZ la referencia a cualquier entidad a la hora de designar al promotor carece completamente de sentido porque dicho concepto no tiene encaje dentro de nuestro ordenamiento jurídico (“Examen de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones”, *La Ley*, núm. 4, 1987, p. 915).

⁶⁴⁸ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 288.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 288.

como sujeto aportante, cualquiera que sea el sistema del plan [art. 5.1.a) RPPF]. A esta cualidad del partícipe, consistente en poder asumir la totalidad o parte de la financiación del plan, hacen alusión los arts. 3.1.b) TRLPFP y 2.2.b) RPPF manifestando con especial rotundidad que dicha condición se podrá ostentar independientemente de que el partícipe contribuya al plan realizando aportaciones. Es evidente que esta previsión legal remite a una eventual situación en la que el partícipe no realizara aportaciones al plan, ya fuera porque las especificaciones del mismo así lo hubieran previsto, como, lo que será más frecuente, que hubiera cesado en la realización de aportaciones, tanto directas como imputadas, pero mantuviera sus derechos consolidados en el plan, adquiriendo la situación de partícipe en suspenso (art. 35.2 RPPF). Se trata de dos situaciones que únicamente se podrán dar en una de las tres modalidades de planes, en concreto, en la del sistema de empleo, ya que en el resto no existe un deber de financiación por parte del promotor. En todo caso, conviene resaltar que con esta posibilidad, admitida reglamentariamente, de que el partícipe pueda mantenerse en un plan ocupacional o profesional sin la realización de aportaciones o de contribuciones de ninguna clase, se reafirma la consideración de que lo determinante para ostentar la cualidad de partícipe es que éste reúna las condiciones de vinculación o de capacidad de contratación con el promotor. Del mismo modo, el partícipe podrá contribuir o no con su aportación, pero ésta cuestión no le impedirá ser considerado como elemento personal del plan de pensiones. Esto es especialmente significativo en el supuesto de los partícipes en suspenso ya que el art. 35.2 RPPF garantiza su pervivencia como elemento personal del plan.

En fin, la caracterización general que del ámbito subjetivo de los planes de pensiones se ha hecho debe complementarse con los rasgos propios que promotores, partícipes y beneficiarios adquieren en el seno de las distintas modalidades de planes. En lo aquí nos ocupa, nos dedicaremos a partir de ahora al estudio de los sujetos constituyentes y beneficiarios de los planes del sistema de empleo. Aunque con anterioridad interesa poner de relieve algunos aspectos previos relacionados con el campo subjetivo de aplicación de este tipo de planes.

1. La tendencia expansiva del campo de aplicación de los planes de pensiones del sistema de empleo

Antes de abordar las peculiaridades que en la actualidad ofrecen los sujetos constituyentes y beneficiarios de los regímenes complementarios de base profesional, conviene llamar la atención acerca del tratamiento legal dispensado al ámbito subjetivo de esta modalidad de planes. Se trataría de comprobar en qué medida las intervenciones legislativas han podido incidir en la configuración actual de los sujetos contratantes de un plan de

pensiones. La importancia de esta cuestión radica en el hecho de que uno de los aspectos que ha posibilitado y que permitirá en el futuro una adecuada implantación de los planes de pensiones es la consolidación de los mismos en el ámbito profesional, de ahí que sea de enorme interés comprobar las direcciones fundamentales de la política de reforma social emprendida en relación con los sujetos constituyentes de los mismos. Y a decir verdad, el proceso que se describe a continuación no es otro que el intento del legislador por eliminar aquellas carencias jurídico-normativas que pudieran estar dándose con respecto al diseño subjetivo preestablecido en un primer momento⁶⁵⁰. Es decir, todo el proceso de reforma de los planes de pensiones ha estado animado por el afán del legislador por fomentar y facilitar el acceso de los individuos a estos instrumentos, señaladamente en el caso de los del sistema de empleo donde se estaba detectando una participación escasa, por lo que fue necesario ampliar el campo de aplicación de estos planes, cuando no alterarlo directamente, para de esta forma dar cabida a un mayor número de sujetos participantes. El resultado de este proceso, como se tendrá ocasión de comprobar, es el de una evidente ampliación de los sujetos que pueden ostentar la condición de promotores y partícipes, y ello pese a que inicialmente la intención del legislador fue la de configurar un ámbito subjetivo lo suficientemente abierto, vago e impreciso, como lo demuestran los términos utilizados para designar al promotor de los planes del sistema de empleo -“cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa”-. Sin embargo, la enumeración tan amplia de entidades promotoras e, incluso, de partícipes, a través del término de “empleados” que la LPFP (Ley 8/1987) había previsto no sirvió para resolver los problemas interpretativos que se empezaron a suscitar como consecuencia de la inexistencia de apoyos legales, cuando no de preceptos restrictivos, que imposibilitaban un desarrollo adecuado de estos planes en determinados ámbitos, especialmente de carácter supraempresarial.

Entrando pues en la cuestión apuntada, hay que hacer notar, en primer lugar, que la decidida promoción de los planes de pensiones de carácter profesional se fue produciendo como consecuencia de la reforma operada sobre las entidades susceptibles de quedar encuadradas en el concepto de promotor. Así, la legislación primera en materia de planes y fondos de pensiones se caracterizó por una enumeración lo suficientemente abierta como para incluir entre los sujetos promotores de un plan de empleo a cualquier entidad, sin más limitaciones que la de ostentar la categoría de

⁶⁵⁰ También es ése el caso del ordenamiento italiano que en diversas ocasiones –la primera a través de la l. n. 335/1995 y luego del d.lgs. núm. 47/2000- ha ampliado el ámbito subjetivo de los fondos de pensiones. Vid. ZAMPINI, G.: “Destinatari e sistema delle fonti”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, pp. 218-224.

empleador. Así, según el art. 4.1.a) de la anterior LPFP, promotor de un plan del sistema de empleo podía ser cualquier Entidad, Corporación, Sociedad o Empresa, siendo los partícipes del plan sus empleados. Por lo demás, no había otras referencias legales que permitieran concretar el significado que había que atribuir al conjunto de los posibles promotores a los que aludía el precepto mencionado. A lo largo del articulado de la LPFP (Ley 8/1987) y de su posterior RFPF (RD 1307/1988) se podía comprobar como las alusiones que se hacían a la contraparte de los partícipes de un plan necesariamente se hacían bajo el término de promotor. No había, por tanto, ninguna concreción de lo que había que entender por aquella figura, por lo que había que volver continuamente a la expresión contenida en el art. 4.1.a) de la ya derogada LPFP (Ley 8/1987). Es más, en esta regulación legal tampoco había referencias expresas a una eventual constitución de planes de carácter sectorial o supraempresarial, lo que interpretado a *sensu contrario* significaba que el plan de empleo tomaba como referencia únicamente el ámbito estrictamente empresarial.

Ante esta situación había que preguntarse entonces cuál fue el verdadero motivo de que la primera norma en materia de planes y fondos de pensiones, objeto de un largísimo trámite parlamentario, no ofreciera una nítida configuración del alcance de los sujetos que podían instar la creación de un plan y ostentarán, de este modo, la condición de promotores. En otros términos, había que preguntarse porqué se optó finalmente por una fórmula abierta a la hora de realizar una delimitación de las entidades promotoras de un plan profesional. Y así, se puede apuntar una primera explicación a este aspecto a partir de la consideración de que la intención del legislador a la hora de definir a la parte promotora no era otra que destacar, por encima de las concretas manifestaciones que pudiera tener la entidad encargada de tomar la iniciativa de su constitución, su condición de empleadora. En definitiva, lo que el legislador quería poner de relieve es que el promotor de un plan ocupacional iba a ostentar esa cualidad por el hecho de que los potenciales partícipes de aquél fueran sus empleados.

De este modo, el régimen legal de los planes y fondos de pensiones inscribía los regímenes complementarios de base profesional en el ámbito concreto de las relaciones laborales, al tomar como elemento definidor de los planes del sistema de empleo la vinculación –laboral, funcional o estatutaria- entre partícipes y promotores. Realmente, el criterio adoptado era perfectamente coherente con la indiferencia que mostraba el legislador a la hora de concretar las entidades susceptibles de quedar encuadradas en el término de promotor, ya que al igual que en el ámbito del Derecho del Trabajo al legislador le resultaban intrascendentes las características de la figura del empleador, también a efectos de la concreción del ámbito aplicativo de la Ley 8/1987 en la modalidad de planes del sistema de

empleo, lo verdaderamente importante era la existencia de una relación laboral, administrativa o estatutaria entre el promotor y sus partícipes. Por tanto, este podía ser el sentido que cabía atribuir al nulo esfuerzo que el régimen legal de los planes de pensiones dedicó a la tarea de definir la figura del promotor⁶⁵¹. En suma, se entendía que el encuadramiento de este tipo de planes en el marco de las relaciones laborales hacía innecesaria una eventual concreción de las entidades encargadas de la implantación de los mismos, ya que si los destinatarios de tales medidas eran los empleados, entendidos en su acepción amplia, poco sentido tenía delimitar la noción de promotor dado que en el campo iuslaboralista la teoría jurídica del empleador se venía obteniendo tradicionalmente como reflejo o de forma traslativa del concepto de trabajador⁶⁵².

Se comprenderá de todo lo expuesto que con la previsión legal contenida en los arts. 3.1.a) y 4.1.a) Ley 8/1987 había prevalecido la idea de construir un concepto jurídico indeterminado⁶⁵³ lo suficientemente flexible en el que pudieran quedar encuadrados como promotores de un plan profesional las diversas formas o entidades empresariales o corporativas que en la realidad social pudieran actuar como empleadoras. De esta forma, se rechazaba el intento de construir una noción cerrada de promotor de un plan del sistema de empleo al objeto, quizás, de poder adecuar la legislación a las condiciones socioeconómicas, políticas y culturales del momento.

Sin entrar a valorar la utilidad de este proceder, lo que es incuestionable es que el carácter abierto del mismo ha resultado ser del todo insuficiente ya que la implantación práctica de estos instrumentos de previsión privados ha planteado nuevas exigencias no previstas

⁶⁵¹ Repárese que en la discusión del proyecto de ley de regulación de los fondos de pensiones, en concreto, con respecto al hecho de que el art. 3.1.a) del mencionado proyecto no se hiciera referencia alguna a los grupos de empresas como potenciales promotores de un Plan profesional, el ministro de economía, Sr. Martínez Noval, argumentó que los grupos sí estaban contemplados en el proyecto de ley, ya que había una cita clara a colectivos, entre los que había que incluir a cualquier organización, a cualquier grupo, entre ellos, a los de sociedades, entendiéndose que era superfluo hacer una mención expresa de los mismos.

⁶⁵² Al respecto, véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ de la ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ramón Areces, 13.ª ed., 2005, p. 497 y CAMPS RUIZ, L. M.: “El concepto laboral de empresario”, en VV. AA. (Borrajo Dacruz, E. coord.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Madrid, Edersa, 1997, p. 38.

⁶⁵³ Resulta sumamente esclarecedor retomar lo apuntado por un clásico como ENGISCH en su descripción de tales conceptos, al considerarlos como aquéllos “cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto” (*Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Comares, 2001, p. 130). Y es que la complejidad socioeconómica en la que se encuentra inmerso el ordenamiento jurídico-privado de la previsión social voluntaria representada por los Planes de Pensiones favorece que se acentúe el carácter polisémico de las normas, a causa del uso indiscriminado de conceptos flexibles, porosos, tópicos, indeterminados y programáticos. Este proceso se enmarca en otro de mayores dimensiones, el de la inflación legislativa, que trae como resultado una desvalorización progresiva del derecho positivo, al impedirle ejercer sus funciones reguladoras y controladoras básicas por medio de sus normas, leyes y códigos. Cfr. EDUARDO FARIA, J. E.: *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 112-119.

adecuadamente por el legislador, lo que ha llevado a una indeseable situación de reinterpretación continua de los sujetos constituyentes de un plan de pensiones profesional. De modo que la definición inicial de promotor contenida en el art. 4.1.a) Ley 8/1987 sufrirá una serie de reformas legislativas que darán lugar a un doble fenómeno de concreción y de ampliación de la figura del promotor. Unas exigencias de precisión y de amplificación de las entidades promotoras que traen causa del proceso de eliminación de las posibles deficiencias legales que el ordenamiento jurídico de los planes de pensiones del sistema de empleo presentaba, acompañado de la necesidad de incentivar la promoción de estas figuras en el ámbito de las relaciones laborales.

Y así, una de las primeras medidas adoptadas que han favorecido una redefinición de las entidades susceptibles de actuar como promotoras de planes de pensiones de carácter profesional tenía como finalidad despejar las dudas con respecto a una eventual implantación de los planes de pensiones en el ámbito de las Administraciones Públicas⁶⁵⁴. Aún cuando la disp. final 2ª Ley 8/1987 vino a admitir esta posibilidad, será la Ley 30/1995 la que se encargará de dar un impulso definitivo a la implantación de aquéllos en el sector público al establecer que las entidades y organismos de esta naturaleza no sólo podrán promover planes y fondos de pensiones, sino también realizar contribuciones a los mismos. A través de la admisión de una posible financiación pública de planes de este tipo, se estaba superando, sin lugar a dudas, una etapa precedente caracterizada por importantes limitaciones a las pensiones complementarias en el ámbito de las Administraciones Públicas. En todo caso, se trata de una fase superada ya de forma clara no sólo por la nueva situación legal –la redacción dada por el TRLFPF a la disp. final 2ª regula detalladamente la previsión complementaria del personal al servicio de las administraciones, entidades y empresas públicas- sino también por la realidad de los hechos –un número importante de estas entidades pertenecientes al sector público están promoviendo planes del sistema de empleo-.

Otra vía de extensión de la figura del promotor y, por ende, de los planes de pensiones del sistema de empleo se ha producido a través de la superación del marco empresarial como único ámbito de aplicación de los mismos. En efecto, la parquedad con la que el legislador caracterizaba al

⁶⁵⁴ En el caso de los Planes de Pensiones de Empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas, más que de un proceso de expansión del campo de aplicación de estas figuras jurídicas lo que se ha producido es el fenómeno antes apuntado de precisión o concreción legal. En definitiva, la noción amplia de promotor contenida en el art. 4.1.a) de la anterior LFPF favorecía la posibilidad de que las entidades y organismos de esta naturaleza pudieran ostentar la condición de promotor de un Plan de Pensiones privado, lo que ocurre es que a parte de restricciones cuantitativas previstas en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado que podían dificultar su implantación el legislador no hacía una mención expresa de las mismas a lo largo del articulado y menos aún de la posibilidad de realizar aportaciones al Plan.

promotor de un plan –“cualquier Entidad, Corporación, Sociedad o Empresa”-, unido a que el art. 5.1.a) de la anterior LPFP aludía de forma indirecta a la existencia de un único plan por empleador –“Un plan del sistema de empleo será no discriminatorio cuando la totalidad del personal empleado por el promotor (...)”- planteaba serias dificultades interpretativas con respecto a la posibilidad de que se pudieran llevar a cabo tanto la promoción de un plan de pensiones único para todos los trabajadores pertenecientes a las empresas de un grupo como la de planes promovidos de forma conjunta por pequeñas y medianas empresas o constituidos por varias empresas en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial. Por tanto, la posible promoción de planes de pensiones parecería circunscribirse al ámbito natural de la empresa, la cuál debía de establecer un único sistema de previsión para sus empleados. De este modo, la fórmula abierta utilizada por el legislador para designar al promotor de un plan de estas características podía resultar idónea para describir un concreto ámbito de aplicación del mismo, como era el marco estrictamente empresarial. Pero parecía claro, que bajo estas circunstancias, los planes promovidos de forma conjunta –por un grupo o por varias empresas- no tenían un acomodo legal suficiente, lo que exigía tarde o temprano su corrección. Finalmente, esta deficiencia se solventó creando los apoyos legales pertinentes al objeto de que tanto los grupos de sociedades como varias empresas pudieran promover planes conjuntos.

La extensión de la figura del promotor se ha producido también por la atribución expresa de dicha cualidad a determinadas entidades. En definitiva, la ampliación del ámbito subjetivo preestablecido se produce por un fenómeno de concreción legal sucesiva. En otros términos, a la noción poco precisa de promotor se han ido incorporando explícitamente sujetos potencialmente encuadrables en dicho concepto. Así, cabe mencionar la figura del empresario individual, que como consecuencia de la reforma efectuada por la Ley 24/2001 se hizo una alusión explícita al mismo en el art. 4.1.a) TRLPFP. O el supuesto de las sociedades de economía social –cooperativas o sociedades laborales- que implícitamente podían quedar incluidas entre las entidades a las que el art. 4.1.a) de la anterior LPFP consideraba como posibles promotoras de un plan del sistema de empleo. En suma, el reconocimiento directo de estas dos realidades empresariales, incorporadas ambas al texto legal, permite vislumbrar una intención clara del legislador de delimitar con una mayor nitidez el ámbito de actuación de los planes de pensiones de sistema de empleo, al tiempo que con ello está favoreciendo una interpretación extensiva de su campo de aplicación.

Esa tendencia del legislador a concretar de forma exhaustiva los sujetos constituyentes de un plan profesional, cuando no a eliminar, si es necesario, aquellos aspectos legales restrictivos que puedan estar frenando

la expansión de los planes de pensiones en el ámbito de las relaciones laborales, se muestra también de forma contundente en el empeño por hacer de la negociación colectiva el principal vehículo de implantación de los mismos. Y así, es evidente que el mayor o menor grado de extensión del ámbito funcional del aquel tipo de planes puede tener una relación directa con un mayor o menor protagonismo de la autonomía colectiva como fuente esencial de los mismos. De ahí que después de que la Ley 8/1987 no realizara una mención expresa a la negociación colectiva como instrumento constitutivo de la obligación empresarial de previsión, finalmente el legislador optó por corregir esta situación y dio un mayor protagonismo al convenio colectivo como mecanismo idóneo para el establecimiento y regulación de los planes. La mención que en la actualidad se hace a la negociación colectiva en el art. 4.1.a) TRLPFP, especialmente en lo que al proceso de incorporación directa de los trabajadores a un plan de pensiones se refiere, si así lo ha previsto un convenio colectivo, es un claro ejemplo de lo que se ha defendido aquí.

Finalmente, la tendencia expansiva del campo de aplicación de los planes de pensiones del sistema de empleo se ha producido a través de las reformas operadas en la figura del partícipe. Al igual que en el supuesto de los promotores, el legislador ha querido en todo momento eliminar los aspectos restrictivos que pudieran estar dificultando el acceso de los partícipes a estos instrumentos. Por un lado, la ampliación de la figura del promotor ha dado lugar a que un mayor número de trabajadores pudieran acogerse a estos sistemas de previsión. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de los planes promovidos en el seno de las Administraciones Públicas: los apoyos legales establecidos en favor de la implantación de estos mecanismos en el ámbito del sector público hacen pensar en un proceso lento pero progresivo de participación en estos mecanismos. Pero, indudablemente, el fenómeno expansivo de esta modalidad de planes guarda también una relación directa con la evolución de la concreta configuración que el ordenamiento jurídico ha dispensado a la figura del partícipe. Si bien en un primer momento, al igual que en el caso de la entidad promotora, el legislador apostó porque la definición de partícipe fuera lo suficientemente abierta como para incluir diferentes perfiles profesionales –en el término “empleados” del art. 4.1.a) de la anterior LPFP cabía relaciones de naturaleza laboral, funcionarial o estatutaria-, la verdad es que más tarde prefirió ampliar esa caracterización tan breve incorporando al texto legal una serie de referencias explícitas a potenciales sujetos participantes sobre los cuáles podrían existir de ciertas dudas a la hora de incluirlos en aquella noción. Un ejemplo paradigmático de lo apuntado es el caso de las relaciones laborales de carácter especial, respecto de las cuáles la anterior LPFP no hacía mención expresa de las mismas. De igual modo, los socios trabajadores y de trabajo en los planes

de empleo promovidos en el ámbito de las sociedades cooperativas y laborales son objeto de un tratamiento específico en el art. 4.1.a) TRLPFP.

Por otro lado, el proceso de ampliación del diseño subjetivo de los planes profesionales encuentra en la figura del partícipe un ejemplo de especial trascendencia. Así, la necesidad de favorecer una mayor implantación de los planes de pensiones en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas llevó al legislador a idear una solución jurídica que permitiera mejorar el acceso de estas entidades a instrumentos privados de previsión. En concreto, eliminó la separación entre la posición jurídica de promotor y la de partícipe admitiendo la posibilidad de compaginar ambas situaciones para el caso de la figura del empresario individual que empleara trabajadores en virtud de relación laboral [art. 4.1.a), párrafo 3º TRLPFP]. De este modo, se creaba un incentivo para la creación de planes del sistema de empleo en el ámbito de las PYMES, ya que cabía pensar que con la posibilidad de ostentar esa doble condición de promotor y partícipe, sería el propio empresario individual el primer interesado en potenciar la implantación de un régimen complementario de pensiones privadas. En todo caso, esta previsión legal, inédita hasta la Ley 24/2001, muestra hasta qué punto el legislador está preocupado por ampliar hasta donde sea necesario el ámbito personal de aplicación de los planes de pensiones del sistema de empleo.

En fin, de lo dicho hasta aquí se deduce el proceso de ampliación que ha sufrido el diseño legal del ámbito subjetivo preestablecido para los planes de pensiones objeto de nuestro estudio, el cuál pasó por una fase inicial consistente en la determinación del mismo a partir de fórmulas vagas y omnicomprendivas de los sujetos constituyentes de esta modalidad de planes –cualquier entidad, empresa, corporación o entidad, para el caso de los promotores; empleados, sin más, para los partícipes- a otra fase, a partir de 1995 con la aprobación de la Ley 30/1995, en la que el legislador, consciente de la escasa de promoción de los planes en el ámbito de las relaciones laborales, decide favorecer una remodelación del ámbito funcional de los mismos. Para ello procede a solventar las carencias jurídico-normativas encontradas en la anterior configuración de los sujetos encargados de la implantación de este tipo planes. Así, diseña un nuevo marco legal que permita la articulación de planes de pensiones que superen el ámbito estrictamente empresarial, elimina de forma progresiva los posibles obstáculos existentes para la implantación definitiva de los planes en el seno de las entidades y organismos de naturaleza pública, da mayor protagonismo a la negociación colectiva en ese proceso de mayor extensión del campo de aplicación de estos planes y, finalmente, reinterpreta la figura del partícipe, favoreciendo una mayor concreción de la misma y mejorando sus condiciones de acceso a estos instrumentos de previsión privados.

2. Las formas específicas de articulación y promoción de los planes de pensiones ocupacionales: la pluralidad como característica esencial de su ámbito funcional

Como se ha tenido ocasión de comprobar, el campo de aplicación de los planes de pensiones del sistema de empleo ha sufrido un proceso expansivo. Su ámbito de actuación ha sido objeto de una reinterpretación a través de un doble fenómeno de concreción y de amplificación del diseño legal de la figura del promotor. Inicialmente pensados para ser implantados en el marco estrictamente empresarial, los planes profesionales van a poder superar esos límites y promocionarse desde otras instancias de carácter supraempresarial. De modo que la perspectiva legal adoptada en la actualidad a través del TRLFP se inclina por favorecer formas plurales de expresión del ámbito funcional de estas figuras jurídicas. Es ésta, por lo demás, una tendencia que se presenta en la evolución de las legislaciones de los países de nuestro entorno⁶⁵⁵. Su promoción, por tanto, podrá enmarcarse en el campo concreto de una empresa de naturaleza jurídica privada; en el de los organismos, empresas y entidades de naturaleza pública; en el de los grupos de sociedades; en el de las pequeñas y medianas empresas, ya sea de forma individual o agrupada bajo un único plan de pensiones de carácter colectivo, etc. Del mismo modo, la articulación de los planes puede tener carácter sectorial fruto de acuerdos adoptados en el seno de la negociación colectiva⁶⁵⁶. En suma, hay un reconocimiento por vía legal de la existencia de formas específicas y singulares que pueden encajar en la descripción que el TRLFP realiza de la figura del promotor, así como de una ampliación del ámbito subjetivo de los planes ocupacionales.

Sin embargo, y como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, no hay que perder de vista un aspecto de especial trascendencia en la materia cómo es el de la centralidad de la empresa como ámbito de actuación primordial de estos instrumentos de previsión⁶⁵⁷. Pese a la existencia de

⁶⁵⁵ Así, el viejo modelo de origen anglosajón y germánico, según el cuál la empresa constituía el ámbito principal de los planes de previsión, con la consiguiente atomización de la cobertura, ha sido adaptado, modificado y enriquecido con nuevas formas de articulación de dichos instrumentos voluntarios de protección, especialmente a través de la puesta en marcha de planes sectoriales (TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension...*, op. cit., p. 152).

⁶⁵⁶ Resulta especialmente apropiada la clasificación que de los planes o regímenes privados de pensiones realiza REYNAUD, distinguiendo entre los planes de empresa, caracterizados por el protagonismo que adquiere el promotor respecto de su implantación; los planes sectoriales, que dan cobertura (obligatoria o no) al conjunto de los asalariados pertenecientes a las empresas comprendidas en el sector correspondiente; y los de ámbito nacional (estatal o regional), cuyo ámbito de aplicación abarca todo el territorio nacional [REYNAUD, E.: "Introduction", en VV. AA. (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives on supplementary pensions: actors and issues*, Wesport (Connecticut), Quorum Books, 1996, pp. 4-6]. Ni que decir tiene que los regímenes nacionales, además de excepcionales, no tienen encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁵⁷ ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.: "Convenio colectivo y trabajadores pasivos (Comentario a las SSTs de 14 y 24 de julio de 1995)", *Temas Laborales*, núm. 40, 1996, p. 82.

apoyos legales en favor de una superación del marco empresarial, señaladamente a través de los planes de promoción conjunta o de su implantación en el ámbito genérico de las Administraciones Públicas, parece que determinados aspectos pueden hacer del nivel empresarial el principal destinatario de las medidas de previsión social complementarias representadas por los planes de pensiones de carácter profesional. Por lo pronto, el propio legislador parece postular como regla general la promoción individual de los planes en aquel marco empresarial, dado que según el art. 4.1.a) TRLPFP “el promotor sólo podrá serlo de uno, al que exclusivamente podrán adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora (...)”. Parece, por tanto, que el TRLPFP apuesta por hacer de la empresa el verdadero campo de juego de los planes de pensiones del sistema de empleo. Pero es que además, hay otro elemento a considerar en la idea de que estos planes cuenten con una mayor implantación a nivel empresarial: nos referimos al fenómeno de la descentralización de las relaciones laborales, especialmente del sistema de contratación colectiva a través de la negociación de empresa⁶⁵⁸. Diversos factores están contribuyendo a que la empresa se haya convertido en la actualidad en el ámbito fundamental de la negociación colectiva: por un lado, la apuesta legal que se hizo con la reforma de 1994 en favor de la potenciación de este ámbito con la finalidad de lograr relaciones de trabajo mucho más flexibles y adaptables a los principios de competitividad y eficiencia económica; por otro, la importancia que han adquirido hoy las nuevas formas de organización del trabajo las cuáles se desarrollan en la empresa como lugar preferente⁶⁵⁹. Hay, por tanto, un retorno a la empresa como eje del trabajo sindical⁶⁶⁰ lo que puede dar lugar a una mayor presencia de la previsión social complementaria en ese ámbito concreto.

Siendo esto cierto, la verdad es que no se puede desconocer que el reconocimiento de la pluralidad organizativa que manifiesta el TRLPFP en cuanto al campo de aplicación de los planes de pensiones del sistema de empleo debe compensar esa centralidad de la empresa, como unidad de negociación y promoción de la previsión social voluntaria. Así, las posibilidades de articulación de este tipo de planes en el marco supraempresarial, especialmente a través de acuerdos adoptados en el seno de la negociación colectiva sectorial, estatal, autonómica o provincial, debe permitir una adecuada combinación de sus sistemas de contratación colectiva. Se trataría con ello de evitar que la previsión social

⁶⁵⁸ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de ensiones...*, op. cit., pp. 282-283.

⁶⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 25.

⁶⁶⁰ BAYLOS GRAU, A.: “La acción colectiva de los trabajadores en la empresa: reflexiones sobre algunos problemas derivados de la institucionalización sindical en ese espacio”, *Revista de Derecho Social*, núm. 27, 2004, p. 20.

complementaria discurriera única y exclusivamente por el cauce de la empresa, ya que de ser así se correría el riesgo de fomentar sistemas de protección particularistas⁶⁶¹. Por lo tanto, el problema que planea sobre la generalización de la previsión social complementaria en el ámbito profesional es el de la pérdida de homogeneidad de estos instrumentos como reflejo de la centralidad de la empresa, de modo que los sistemas de protección que se instauren en el nivel empresarial se hagan desconociendo la necesaria coordinación que debe existir en el marco de la protección social, incluso en la de signo privatista.

Más allá de estas consideraciones, las cuáles se retomarán más adelante al describir el proceso de implantación de los planes de pensiones y el posible protagonismo de la autonomía colectiva en dicho proceso, interesa ahora retomar la idea inicialmente expuesta relativa a la diversidad que actualmente ofrece el TRLPFP respecto del ámbito funcional de la modalidad de planes objeto de nuestro estudio. En las próximas páginas se quiere dejar constancia de las diferentes manifestaciones formales del campo de aplicación de estos sistemas de previsión social y las peculiaridades que de las mismas se pueden derivar con respecto a la implantación de aquéllos. Así, los arts. 4.1.a) TRLPFP y 25 RFPF aluden, como ya se ha comentado, a diferentes mecanismos de articulación de los planes de pensiones del sistema de empleo. El más común será el promovido por una empresa de naturaleza jurídico-privada, normalmente de gran dimensión, para el colectivo de trabajadores de la misma. Pero aún siendo este espacio el que contará con mayor presencia de planes de pensiones, no se agota aquí el ámbito personal de los mismos, el TRLPFP y el RFPF son lo suficientemente expresivos de las diferentes posibilidades que se brindan a los sujetos constituyentes. Así, su promoción en el marco de la Administración Pública abre nuevos espacios a la implantación de la previsión social complementaria de carácter privado. Por otro lado, la autoprotección colectiva de socios trabajadores y de trabajo de sociedades de economía social y la protección social del empresario individual –pequeña empresa- que promueva un plan para sus empleados, ofrece unos rasgos ciertamente novedosos en lo que a la promoción y desarrollo de los sistemas privados de pensiones se refiere. La potenciación de los regimenes complementarios desde una perspectiva superadora del nivel empresarial, a través de los denominados planes de promoción conjunta, debe permitir una mejor articulación de los sistemas protectores y una mayor racionalización de los mismos⁶⁶². La implantación de este tipo de planes es

⁶⁶¹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 285.

⁶⁶² Es ésta una cuestión superada desde el principio por el ordenamiento italiano, el cuál desde el primer momento ha favorecido la creación de fondos de pensiones colectivos articulados en función de lo que se conoce como criterios de agregación de los sujetos destinatarios de la medida de previsión adoptada (hablaríamos, en este caso, de fondos cerrados –*fondi chiusi*- frente a los fondos abiertos –*fondi aperti*-,

tan abierta que permite configurar el ámbito de protección del Plan en función de diferentes criterios, por la pertenencia a un grupo de empresas, por el carácter de pequeña o mediana empresa, por tener asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito supraempresarial o cualesquiera otros criterios.

Precisamente, la descripción que se ha hecho de los diversos modos de articular un plan de pensiones en función de la pluralidad predicable de su ámbito personal exige de un estudio específico de cada uno de los espacios en los que estos instrumentos de previsión pueden desenvolverse. De este modo, se partirá de la empresa, como marco esencial de implantación de los planes de carácter profesional, para luego realizar un tratamiento de determinadas formas específicas de promoción –planes en la Administración Pública, planes de grupo, planes de pequeñas y medianas empresas, planes colectivos-, que por su importancia y por las peculiaridades que pueden ofrecer merecen un estudio por separado.

2.1. El espacio empresa como campo de acción de los planes profesionales: la promoción individual

La implantación de un plan de pensiones en el ámbito específico de la empresa es una cuestión ampliamente reconocida por el texto legal del TRLRFP. Su artículo 4.1.a) admite como promotor a cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa. Ahora bien, su capacidad para organizar un sistema de previsión de carácter colectivo viene determinada por su condición de empleador. Es decir, podrá ostentar el carácter de entidad promotora de un plan de pensiones del sistema de empleo siempre que los destinatarios del mismo sean sus empleados. Es ésta una cuestión abordada anteriormente pero que conviene resaltar de nuevo aquí dado que la condición de empleador es un requisito ineludible para todo sujeto que

no sometidos a ninguna limitación a la hora de determinar su ámbito subjetivo de aplicación). Así, corresponde a la fuente institutiva determinar aquéllos, debiendo referirse a un grupo homogéneo de pertenencia de los potenciales participantes, a saber: para el caso de los trabajadores por cuenta ajena, empleados públicos y socios trabajadores de cooperativas de producción y trabajo, pueden ser agrupados por categoría, grupo, actividad o sector productivo, ámbito territorial delimitado o, incluso, por su pertenencia a una misma empresa, grupo de empresas u organización productiva; en el supuesto de los trabajadores autónomos o profesionales independientes, por áreas profesionales o por un territorio (art. 2.1 d.lgs. núm. 124/1993). Como se ve, existe una notable variabilidad organizativa en la creación y desarrollo de los sistemas privados de pensiones. En todo caso, llama la atención el criterio territorial a la hora de configurar los fondos de pensiones. De hecho, esta opción encuentra importantes ejemplos en la realidad italiana: desde el Fondo territorial de previsión complementaria *Laborfonds* que agrupa a los trabajadores por cuenta ajena de la región del Trentino-Alto Adige/Südtirol hasta *Solidarità Veneto* que aglutina a los empleados de las empresas del sector industrial que desarrollan su actividad en el territorio del Veneto. *Vid.* un análisis de las características de estos fondos territoriales en STICCO, G.: *I fondi pensione territoriali: realtà o cimera?* Tesis inédita, 2002.

pretenda ser promotor de un plan de ámbito profesional⁶⁶³, no sólo por tanto de los promovidos en el ámbito estrictamente empresarial.

De algún modo, esta primera cuestión, la de la configuración de los planes de empleo en función de la especial vinculación que une al promotor –empleador- y sus partícipes -trabajadores o empleados-, remite a la noción de empresa que el TRLFPF y el RFPF pueden estar manejando. Es esta una cuestión de enorme interés dado que resulta especialmente esclarecedor conocer el concepto de empresa que el legislador propone a efectos de determinar el concreto campo de aplicación de esta modalidad de planes. Y así, en un principio, el espacio empresa que sirve para delimitar el ámbito de actuación de estos sistemas de previsión se conecta con el concepto de empleador utilizado por la normativa laboral. En efecto, consciente el legislador que esta modalidad de protección social complementaria se inscribe en el ámbito de las relaciones laborales, la identificación que realiza de su ámbito subjetivo se vincula necesariamente con la prevista en el art. 1.2 ET. La razón fundamental que avalaría esta tesis se basa en la consideración realizada al principio de este capítulo en la que se sostenía un concepto de empresa derivado o traslativo a efectos de promocionar un plan de pensiones. Al igual que ocurre en el Derecho del Trabajo, en el campo de los planes profesionales de empleo destaca la irrelevancia jurídica de la forma que asuma el empresario para organizar su actividad⁶⁶⁴. Lo verdaderamente importante de la misma es su consideración como ámbito de organización y dirección, es decir, que estemos ante una unidad de decisión o de centralización de los poderes del empleador respecto a un personal dependiente en términos de colectividad⁶⁶⁵.

De este modo, este concepto funcional para el derecho del trabajo resultaría plenamente válido para el régimen jurídico de los planes de pensiones de empleo. Por lo pronto, los arts. 4.1.a) TRLFPF y 25.1 RFPF destacan del promotor, a efectos de su consideración como sujeto constituyente de un plan profesional, su condición de marco organizativo de las relaciones de trabajo, en clara sintonía con la previsión contenida en el art. 1.2 ET⁶⁶⁶. Asimismo, el párrafo tercero de la disp. adic. 1ª TRLFPF ofrece, para el supuesto concreto de la exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, una definición de éstas muy próxima a la del art. 1.2 ET, considerando como tales no sólo a las personas

⁶⁶³ ROMERO BURILLO, A. M.ª: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 289.

⁶⁶⁴ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 4.ª ed., 2006, p. 395.

⁶⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 1.2 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J.L. dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, p. 32.

⁶⁶⁶ Indica el mencionado el precepto que “a los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

físicas y jurídicas sino también a las comunidades de bienes y demás entidades que, aun carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir con sus trabajadores compromisos por pensiones. Es una definición sin duda tributaria de la que el ordenamiento laboral realiza de la figura del empresario, dado que lo determinante para atribuir al sujeto la calificación de empresa, más que su naturaleza o el reconocimiento de personalidad jurídica, es que reciba la prestación de servicios de los trabajadores contratados y, por tanto, pueda llegar a suscribir con ellos compromisos por pensiones⁶⁶⁷.

Pese a que la normativa reguladora de los planes de pensiones asume el concepto jurídico-laboral de empresa, lo cierto es que la amplitud de esa noción va a ser objeto de precisión jurídica. De modo que a pesar de que el legislador se desentiende de las posibles manifestaciones formales del concepto de empresa, centrando su atención únicamente en su condición de empleador, finalmente opta por esclarecer su contenido. Y así, como ya se ha comentado con anterioridad, se ha preferido identificar la realidad que se esconde en la noción de empresa aludiendo expresamente a determinadas formas empresariales. En concreto, al empresario individual o profesional independiente (art. 25.1, párrafo 2º RPFPP), a las sociedades cooperativas o laborales (art. 25.3 RPFPP) o al grupo de sociedades (art. 37.2, párrafo 2º RPFPP). Asimismo, a efectos de lo establecido en la disp. adic. 1ª TRLPFP, se considera empresa “a las personas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza, que tengan nacionalidad española, domicilio en territorio nacional o cuyo principal establecimiento o explotación radique en el mismo, así como las personas físicas, en cuanto asuman con sus trabajadores compromisos por pensiones” (art. 5.1 RICP). En suma, el legislador se ha decantado por la vía de clarificar la definición tan heterogénea de empresa como medio de concretar el ámbito personal de los planes de pensiones del sistema de empleo.

Apuntado únicamente este fenómeno de concreción legal del concepto de empresa, interesa ahora destacar tres aspectos significativos del espacio empresa como campo de actuación esencial de los planes de pensiones. En primer lugar, debe dejarse anotado que del TRLFP parece obtenerse un prototipo de empleador como figura predominante a la hora de promover planes de pensiones. Así, parecería como si la alusión explícita que en el TRLPFP y en el RPFPP se realiza a determinados empleadores, ya sea a las pequeñas y medianas empresas, ya a los entes y organismos de las Administraciones Públicas, ya a los empresarios individuales, ya a las sociedades laborales y cooperativas, ya a los grupos de empresas, tuviera la finalidad de delimitar un espacio común, esencial de los planes de pensiones de empleo frente a esas manifestaciones singulares e, incluso,

⁶⁶⁷ VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los...*, op. cit., p. 64.

excepcionales. De modo que la referencia en abstracto a la empresa en contraposición a determinadas figuras empresariales serviría para configurar un modelo mayoritario de planes de pensiones, aquél que se promueve por una empresa de naturaleza jurídico-privada y normalmente de gran dimensión. En segundo lugar, la importancia del espacio empresarial como ámbito de actuación de los planes de pensiones de empleo se proyecta muy especialmente en uno de los principios esenciales de estos mecanismos de previsión: nos referimos al principio de no discriminación. La obligación legal impuesta consistente en que la totalidad del personal empleado por el promotor pueda acceder al plan remite a la dimensión organizativa de la empresa, de modo que la concreción de la misma en ámbitos menores de dirección y gestión, como son los centros de trabajo (art. 1.5 ET) y/o unidades productivas autónomas (art. 44 ET) no impide la consideración unitaria del plan de pensiones. En definitiva, el marco empresarial en su acepción amplia es el que sirve de base para articular el plan de pensiones, independientemente del modo en que la empresa articule el conjunto de medios materiales y humanos en que consiste. A lo sumo, a partir de los ámbitos referidos se podrán organizar subplanes en el marco de un único sistema de previsión colectivo organizado para el conjunto de la empresa. Finalmente, el ámbito empresarial como campo de actuación de los planes de pensiones de carácter profesional remite a los instrumentos de implantación de los mismos en dicha sede, lo que supone, al mismo tiempo, reforzar el papel atribuido a la negociación colectiva empresarial.

A) Los microplanes: la figura del empresario individual o profesional independiente como promotor de Planes del sistema de empleo

Como ya quedó avanzado, una de las novedades introducidas por la Ley 24/2001, luego incorporada al texto del TRLPFP, es la mención específica que se hace del empresario individual como promotor de un plan de pensiones del sistema de empleo. En efecto, el art. 4.1.a) TRLPFP establece que “el empresario individual que emplee trabajadores en virtud de relación laboral podrá promover un plan de pensiones del sistema de empleo en interés de éstos, (...)”. Desde luego, el que el empresario individual pudiera promover un plan profesional no podía resultar una novedad, como ya se reiteró en otro lugar. Por un lado, la amplitud con la que el legislador ha caracterizado a las entidades promotoras –cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa- permitía pensar que los empresarios individuales quedaban integrados en las mismas. Por otro, de la referencia que la disp. adic. 1ª de la anterior LPFP hacía a las personas físicas como sujetos susceptibles de asumir compromisos por pensiones, se deducía la posibilidad de que los empresarios individuales pudieran actuar

como promotores de un plan. De modo que, desde el principio, el empresario individual ha sido una de las posibles entidades que podían implantar un sistema privado de pensiones en su seno⁶⁶⁸. Asimismo, la condición impuesta legalmente de que el empresario individual deba emplear trabajadores en virtud de relación laboral para promover un plan tampoco resulta determinante, ni tampoco, por tanto, una novedad, dado que difícilmente cabe hablar de un plan de previsión sin un colectivo de potenciales partícipes. Por tanto, la importancia de esta referencia expresa a la figura del empresario individual no radica en su capacidad de actuar como potencial promotor de un plan de pensiones, sino más bien en aspectos de otra índole. En concreto, en la facultad que el legislador le concede de poder asumir la condición de partícipe. De ello se ocupa el inciso final del art. 4.1.a) TRLFP al advertir que el empresario individual “podrá figurar como partícipe” del plan de pensiones promovido en interés de sus trabajadores⁶⁶⁹.

Esta disposición es una concreción más del Apartado XIII del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001, en el que se establecía como objetivo facilitar la incorporación de las PYMES y de los empresarios individuales a planes de pensiones. Cabe pensar, en este sentido, que la introducción de la posibilidad de que el promotor –empresario individual- pueda asumir la condición de partícipe del plan creado en interés de sus empleados debe ser un incentivo para la generalización de la protección social complementaria en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas. En cierto modo, a través de esta facultad el empresario individual puede verse resarcido de la asunción del deber de financiación del plan. Así, su intervención como sujeto partícipe del mismo y, por ende, como beneficiario de las prestaciones en él garantizadas es la recompensa de asumir la creación de un plan en favor de sus empleados. Hay que pensar que los costes de gestión y financiación de un sistema de privado de pensiones pueden resultar especialmente elevados para una pequeña empresa, por lo que la eventual participación de su promotor como partícipe del mismo puede ser determinante a la hora de decidirse por su implantación. Asimismo, hay que recordar que la facultad que se le concede al empleador-persona física de asumir la condición de partícipe es una consecuencia de la actual conformación de este tipo de empresas. Hoy, la forma jurídica de empresario individual se asocia al autoempleo lo que

⁶⁶⁸ Más de un autor ya apuntó, con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/2001, que las empresas individuales debía considerarse como posibles promotoras de planes de pensiones del sistema de empleo. Así, MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 35 y SÁENZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes...*, op. cit., p. 222.

⁶⁶⁹ El art. 25.1, párrafo 2º RFPF hace una mención expresa no sólo del empresario individual sino también del profesional independiente que emplee trabajadores en virtud de relación laboral. En ambos casos, el precepto reglamentario exige que el promotor del plan sea el propio empresario individual persona física que figure como empleador en el contrato laboral con los trabajadores partícipes.

supone que normalmente el propietario de la pequeña empresa sea a su vez trabajador en la misma. E, incluso, se vincula a los trabajos familiares como derivación del trabajo autónomo⁶⁷⁰. En ambos casos, la participación del empresario como trabajador puede resultar un elemento decisivo para instar la creación del plan de pensiones y, también, para su intervención como partícipe del mismo. Asimismo, el carácter familiar de muchas de estas empresas puede resultar determinante para incorporar un sistema de previsión privada ya que, de algún modo, con esta medida se plantea el propio futuro personal y familiar⁶⁷¹.

Sin embargo, este incentivo en favor de la creación de microplanes promovidos por empresarios individuales plantea también al menos un inconveniente de cierta entidad. Así, cabe recordar que tanto la comisión promotora del plan como la comisión de control del plan y del fondo están formadas por una representación de la parte promotora y de los partícipes, por lo que puede darse el caso que el empresario pueda verse doblemente representado –como parte promotora y como partícipe- e influir directamente en la adopción de acuerdos e incluso anular la voluntad de la representación de los partícipes, sobre todo a partir de ahora que la representación en las comisiones ha pasado a ser paritaria⁶⁷². En estos casos, deberán ser las especificaciones del plan las que deberán establecer los mecanismos necesarios para evitar estas disfuncionalidades en las estructuras representativas y participativas, de tal modo que la representación necesaria como partícipe del empresario individual no genere situaciones no razonables (indeseables) de sobrerepresentación fáctica⁶⁷³.

En todo caso, se hace difícil imaginar la proliferación de estos microplanes en el seno de las pequeñas empresas. La existencia de los mismos en el seno de las empresas de reducida dimensión se producirá más bien por la vía de los planes de promoción conjunta, dado que en términos de costes al empresario individual le resultará mucho más viable esta opción. De hecho, el Apartado XIII del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001 parece inclinarse porque las pequeñas empresas apuesten por el cauce de los planes de promoción conjunta ya que expresamente reconoce que la actuación de los actores sociales debe dirigirse, preferentemente, a impulsar la utilización de los planes de este tipo (párrafo 2º). Asimismo, resulta

⁶⁷⁰ AGUILAR GONZÁLVEZ, M. C.: “Tipología de organización jurídica de la pequeña empresa”, en VV. AA. (Cruz Villalón, J. y Fuentes Rodríguez, F. coords.): *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*, Cádiz, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 83.

⁶⁷¹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES: “Instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas españolas. Situación actual y perspectivas”, *Información Comercial Española*, núm. 2606, 1999, p. 13.

⁶⁷² ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 287.

⁶⁷³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 80.

mayoritaria la figura de los trabajadores por cuenta propia que no disponen de empleados, por lo que difícilmente se va a poder instar la creación de un plan sin el colectivo de partícipes. El art. 25.1, párrafo 2º RLPFP establece como requisito ineludible para que un empresario individual o profesional independiente pueda promover un plan del sistema de empleo que emplee trabajadores en virtud de relación laboral.

2.2. El sector público como promotor de planes de pensiones profesionales

Tal y como ha quedado comentado, el artículo 4.1.a) TRLPFP no menciona expresamente a las entidades de naturaleza pública como posibles promotoras de un plan de pensiones del sistema de empleo. En principio, su inclusión en el ámbito de aplicación de la legislación en materia de planes y fondos de pensiones se podía obtener de la amplitud con que se describe a las entidades que pueden ostentar la condición de promotoras⁶⁷⁴, e incluso del propio término de “empleados” a que hace referencia el precepto mencionado, lo que permitiría entender que se está aludiendo a un tipo de vinculación entre promotor y partícipes no necesariamente laboral en sentido estricto, ya que en todo caso se podría haber utilizado el más restrictivo de “trabajadores” para descartar posibles relaciones de tipo administrativo, estatutario o funcionarial⁶⁷⁵. En general, se ha aceptado que el concepto abierto e impreciso de promotor que se ha venido manejando desde la anterior LPFP permitía incorporar como tal a las Administraciones, entidades o empresas de naturaleza pública⁶⁷⁶.

En cualquier caso, la facultad de promover planes de pensiones de empleo por parte del sector público en general se reconoce expresamente en la disposición final 2ª TRLPFP⁶⁷⁷. En este precepto se alude a “las Administraciones Públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por

⁶⁷⁴ Como se recordará, se alude por el artículo 4.1.a) TRLPFP “a cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa”.

⁶⁷⁵ Así, el Consejo de Estado en su Informe núm. 51880/JR, emitido el 1 de julio de 1988 sobre el Proyecto de Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, puso de manifiesto las dificultades de optar por uno u otro término, ya que aunque fuera más apropiado el de trabajador con referencia a la legislación laboral, tal solución suponía restringir dicho concepto, “excluyendo toda regulación administrativa o estatutaria, así como la posible aplicación de los Planes y Fondos de Pensiones al amplio sector de los funcionarios públicos”. E, incluso, “lo ensancharía impropriamente en cuanto algunos supuestos del art. 2 del Estatuto de los Trabajadores pudieran no tener el referido carácter...”.

⁶⁷⁶ Así lo han considerado, entre otros, MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., pp. 35-36; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los planes y fondos de pensiones desde la perspectiva laboral”, *Temas Laborales*, núm. 14, 1989, p. 94; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, op. cit., pp. 56-57; REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, op. cit., p. 257 y ROMERO BURILLO, A. M.ª.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 293.

⁶⁷⁷ Hay que recordar que la actual redacción de la norma citada es el resultado de la modificación introducida por la disp. adic. 5ª de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Reforma del Sistema Financiero (BOE 23 noviembre 2002).

las mismas”, las cuáles podrán promover planes de empleo y realizar aportaciones a los mismos. De esta manera, y tal y como ya se recogía en la derogada Ley 8/1987⁶⁷⁸, se incide en posibilitar que entidades y organismos de naturaleza pública puedan actuar como promotores, concretando los sujetos que pueden ostentar tal condición, así como que puedan realizar contribuciones a los planes con recursos públicos, recogiendo la experiencia de algún que otro ordenamiento⁶⁷⁹.

Finalmente, el proceso de reconocimiento pleno de la promoción de planes en el sector público administrativo y empresarial se ha cerrado, al menos hasta ahora, con la adición de un nuevo párrafo a la disp. final 2.^a TRLPFP a través de la modificación llevada a cabo por la disp. final 5.^a de la Ley 35/2006, de 29 de noviembre. En aquel párrafo se señala que las “Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrán promover y realizar aportaciones a planes de pensiones del sistema (...)”, en los que podrán incorporarse como partícipes los miembros de las respectivas Cámaras”.

Este proceso de confirmación de que las Administraciones Públicas puedan actuar como impulsoras de planes de pensiones, pudiéndolos dotar, además, con ingresos públicos no ha resultado un camino fácil. En general, la protección social complementaria en el sector público ha chocado tradicionalmente con dos tipos de limitaciones: por un lado, con la consideración de pensión pública de las prestaciones complementarias, con la consecuente sujeción a las reglas de concurrencia y al tope de máximo de pensiones y, por otro, con la prohibición de destinar recursos públicos a su financiación⁶⁸⁰. La superación de estos dos obstáculos ha supuesto una clara apuesta del legislador por fomentar el desarrollo y la implantación de la previsión social voluntaria, especialmente de los planes del sistema de empleo, en el marco del sector público. De hecho, la culminación del impulso dado a los sistemas privados de previsión en el ámbito público se pone de manifiesto con la redacción de la disp. final 2.^a TRLPFP ya que como se indica en la misma las Administraciones Públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas podrán promover planes de pensiones de empleo, así como contratos de seguros colectivos, incluidos

⁶⁷⁸ La anterior disposición final 2.^a de la Ley 8/1987 estableció que “los Organismos a que se refiere la Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, podrán promover Planes y Fondos de Pensiones en los términos previstos en la Ley”.

⁶⁷⁹ Tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos los planes/fondos de pensiones en el sector público tienen una importancia considerable. En este último, cabe destacar al que agrupa a los empleados públicos de California [California Public Employees’ Retirement System o denominado (CALPERS)]. Un análisis de este fondo de pensiones se puede encontrar en CRIST. W. D. y DUIGOU, J. C. le: *Les fonds de...*, op. cit., pp. 15-31.

⁶⁸⁰ Vid. sobre estas dificultades ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.: “La previsión social complementaria en el sector público”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2004, p. 29 y VV. AA.: *Previsión social de las Administraciones Públicas Locales*, CASER-CAP, 2004, p. 206.

los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, conforme a la disp. adic. 1ª TRLPFP, pudiendo realizar aportaciones a los mismos y, además, las prestaciones comprometidas no tendrán la consideración de pensiones públicas ni se computarán a efectos de limitación del señalamiento inicial o fijación de la cuantía máxima de las pensiones. Se eliminan, por tanto, las restricciones impuestas por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado consistentes, como se ha dicho, en imposibilitar la financiación pública de planes de pensiones y determinar la prohibición de concurrencia con las pensiones públicas.

Por lo demás, la amplitud con la que se define a las entidades de carácter público que pueden instar la creación de un plan de pensiones –las Administraciones Públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas– nos remite a una noción omnicomprensiva del sector público. En otros términos, las entidades públicas que van a poder promover un plan de pensiones son aquellas que integran el sector público español en los tres niveles distintos de la Administración, ya la Administración General del Estado, ya la de las Comunidades Autónomas o la Administración Local. A ello habría que añadir las entidades gestoras de la Seguridad Social, los organismos autónomos y las sociedades estatales y demás empresas públicas. Además, la disp. final 2ª TRLPFP hace referencia a empresas participadas por las Administraciones Públicas, incluidas las Corporaciones Locales, y por los organismos y entidades por ellas dependientes, como potenciales promotoras de un Plan. En este caso, se plantea la duda acerca de qué tipo de sociedades participadas son las que van a poder instar la creación de un sistema de previsión privado. Así, las opciones podrían ser la de considerar que el legislador únicamente se refiere a aquellas empresas cuyo capital pertenece íntegramente a una entidad pública o aquella otra en la que se postularía la promoción de planes de pensiones de empleo por empresas constituidas por capital público y privado, con independencia del porcentaje de participación de las entidades de naturaleza pública. De este modo, del tenor literal de la citada disposición parece admitirse la segunda posibilidad al no fijar el legislador un límite a dicha participación, por lo que hay que entender que podrán instar la creación de planes profesionales tanto las empresas de capital enteramente público, como las empresas de carácter mixto, con independencia de que la participación pública en el capital sea mayoritaria, igualitaria o minoritaria en relación con el capital privado⁶⁸¹.

Aparte de este reconocimiento por vía legal de los planes de pensiones en el sector público, su normalización en dicho ámbito también se produce por vía reglamentaria y en relación al proceso de exteriorización de los

⁶⁸¹ VV. AA.: *Previsión social de las...*, op. cit., p. 211.

compromisos de pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios al hacerse mención al sector público en el art. 5.2. RICP. Según este precepto se consideran afectadas por el cumplimiento del deber de exteriorización las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles en cuyo capital participen, directa o indirectamente, las Administraciones públicas o entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas. De la lectura atenta de dicho precepto se observa la exclusión de la obligación de instrumentar compromisos por pensiones a través de un plan o un contrato de seguro a las Administraciones Públicas *en sentido estricto*, dado que únicamente se hace referencia a entidades públicas empresariales y a las sociedades mercantiles participadas con capital público, lo que contrasta abiertamente con el concepto amplio de empresa que maneja la disp. adic. 1ª TRLFPF en la que a efectos de la exteriorización obligatoria de los compromisos por pensiones incluye a las personas físicas y jurídicas, comunidades de bienes e, incluso, otras entidades carentes de personalidad. En cualquier caso, y dejando el desarrollo de esta cuestión para otro momento, el hecho de que la Administración permanezca al margen de la normativa de instrumentación no nos puede llevar a considerar que la misma no pueda actuar como promotor de planes de pensiones del sistema de empleo y, por tanto, que no pueda comprometerse a exteriorizar los compromisos por pensiones que asuma con sus empleados. Lo cierto es que gran parte de las entidades aludidas, ya sean las Corporaciones Locales⁶⁸², ya entidades u organismos dependientes de las Administraciones Públicas⁶⁸³ o el supuesto predominante de las entidades públicas empresariales⁶⁸⁴, son ejemplo de la normalización del fenómeno de los planes de empleo en el ámbito del sector público. Asimismo, el RPPF se ha preocupado, por fin, de mencionar de forma expresa a lo largo de su articulado a la Administración Pública como marco idóneo de implantación de los planes de pensiones del sistema

⁶⁸² Así, entre otros, *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Diputación de Valencia*, *Especificaciones del Plan de Pensiones del Ayuntamiento de Madrid*, *Reglamento de Planes de Pensiones de los Empleados del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda*, *Reglamento del Plan de Pensiones Sistema de Empleo del Ayuntamiento de Fuenlabrada*, *Especificaciones del Plan de Pensiones del Ayuntamiento de Palencia*, *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo del Ilustre Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana*, *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Ayuntamiento de Béjar*, *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo del Ayuntamiento de Picassent*, *Reglamento del Plan de Pensiones del Ajuntament de Barcelona*, *Reglamento del Plan de Pensiones del Excmo Ayuntamiento de Santa Pola y Plan de Pensiones de la Diputación Provincial de Huelva* (Octubre 1999).

⁶⁸³ Se pueden mencionar, entre otros, *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los Empleados de la Autoritat Portuària de Barcelona* (junio 1997), *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los Empleados de la Autoridad Portuaria de Tarragona* (Enero 1998), *Reglamento del Plan de Pensiones de la Autoridad Portuaria de Cartagena* y *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Banco de España* (11 Diciembre 2001).

⁶⁸⁴ Ejemplo de ello son el *Reglamento de Plan de Pensiones Autobuses de Córdoba, S.A.M.* (Septiembre 2000), *Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (E.M.A.C.S.A.)* (Diciembre 1992) y *Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus sociedades filiales*.

de empleo. E, incluso, como más adelante se desarrollará, hay una referencia explícita a los entes y organismos de las Administraciones Públicas en el ámbito personal de los planes de promoción conjunta (art. 37 RPPF)⁶⁸⁵.

Por tanto, la incorporación de la previsión social voluntaria de corte privatista en el ámbito del sector público ya ha adquirido una importancia significativa. A su consolidación ha contribuido, sin lugar a dudas, la implantación del plan de pensiones para los empleados de la Administración General del Estado. Un sistema de previsión social que es fruto del Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004 para la modernización y mejora de la Administración Pública, firmado por las organizaciones sindicales más representativas en la Administración Pública (CC.OO., UGT y CSI-CSIF) y los representantes de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Hacienda, y aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de noviembre de 2002⁶⁸⁶. En este Acuerdo se contemplaba la adopción de una serie de medidas, entre ellas la configuración y aplicación de un plan de pensiones, que dieran cumplimiento a los objetivos de modernización y mejora de la Administración. Finalmente, el 7 de octubre de 2003 se puso en marcha el citado plan que afecta a más de 500.000 empleados. Se trata, en suma, de un plan de promoción conjunta⁶⁸⁷, dado que integra a todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Autónomos⁶⁸⁸, y de aportación definida, siendo indudable su repercusión en el campo de la previsión social voluntaria dado que, entre otras razones, la habilitación presupuestaria que para cada año se debe prever supone movilizar un importante volumen de recursos públicos⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ Sirva de ejemplo meramente ilustrativo de este tipo de planes el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de la Diputación General de Aragón, Administraciones Locales y otras Entidades e Instituciones de la Comunidad Autónoma de Aragón* (BOA 2 diciembre 2005).

⁶⁸⁶ BOE 18 noviembre 2002.

⁶⁸⁷ Precisamente, el art. 37.3.b), párrafo 3º RPPF hace mención expresa de este tipo de planes, es decir, de aquellos que agrupan a organismos o entidades que formen parte de las Administraciones Públicas.

⁶⁸⁸ En concreto, el art. 6.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Administración General del Estado* (BOE 14 octubre 2004) señala como Entidades Promotoras, las siguientes: a) los Departamentos ministeriales de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, b) las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, c) los Organismos públicos de la Administración General del Estado con estatuto especial a los que su normativa específica confiere carácter limitativo a los créditos de sus presupuestos de gastos, d) el resto de Organismos públicos con estatuto especial y entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado que cuenten en sus plantillas con personal que reúna la condición de funcionario en activo. Todos ellos figuran relacionados en la Addenda incorporada a las Especificaciones.

⁶⁸⁹ El art. 19.3 de la Ley 2/2004 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 (BOE 28 diciembre 2004) había previsto la posibilidad de destinar el 0,5 por ciento adicional al incremento general previsto para el citado ejercicio a financiar aportaciones a Planes de Pensiones de Empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la disp. final 2ª TRLPPF. En idénticos términos, la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (BOE 30 diciembre 2005).

En todo caso, la configuración de un sistema de pensiones privado de tal envergadura en el seno de la Administración General del Estado entraña numerosos riesgos en cuanto a las posibilidades de mejora y desarrollo de las políticas de gasto público, es decir, cabe plantearse con la incentivación del plan de pensiones en el ámbito de la función pública la posible merma de los instrumentos públicos de previsión, cuando menos el que se frene cualquier intento de mejora de los niveles de protección públicos, ya que ahora se alimenta la idea de que con esta protección adicional vía plan de pensiones se compensan las deficiencias de protección del sistema público. De este modo, con la creación del plan, se estaría frenando la posibilidad de cualquier reforma del régimen público de protección de los funcionarios públicos que tratara de acercar las pensiones públicas de jubilación a los niveles retributivos de activo⁶⁹⁰. Se asiste, por tanto, a un cambio de enormes proporciones que ha tenido el visto bueno de los sindicatos de la función pública y también de la comisión de revisión del Pacto de Toledo de 2 de octubre de 2003 que ha sugerido “la extensión e incorporación en planes de pensiones del sistema de empleo y seguros colectivos del mayor número de trabajadores, permitiendo una amplia cobertura de los sistemas de previsión complementarios sobre el conjunto de la población activa, incluyendo en ellos al sector público”. Y que, incluso, ha pasado la prueba de la constitucionalidad a tenor de la interpretación proporcionada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 139/2005, 26 de mayo. En ella el órgano juzgador admite sin ambages la compatibilidad de la disp. final 2ª de la anterior Ley 8/1987, 8 de junio con los arts. 14, 103.3, 117.3 y 134.2 CE⁶⁹¹.

2.3. Más allá de la empresa: los planes de promoción conjunta

Como ya se comentó anteriormente, la eliminación de los obstáculos legales o reglamentarios que pudieran estar frenando el impulso de los planes privados de pensiones ha sido una constante en el devenir político-jurídico de estos mecanismos de previsión⁶⁹². Del mismo modo, la constatación de lagunas o de vacíos legales ha llevado al legislador a promover una readaptación normativa continua al objeto de colmar las insuficiencias detectadas en esta materia. Precisamente, una de las

⁶⁹⁰ Sobre estas ideas, *cfr.* LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.ª A.: “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pp. 59-64.

⁶⁹¹ Un análisis de este pronunciamiento en SUÁREZ CORUJO, B.: ¿Previsión social complementaria en las Administraciones Públicas? Cuestión de inconstitucionalidad respecto de la D. F. 2ª Ley de Planes y Fondos de Pensiones: la STC 139/2005, 26 de mayo”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2006, pp. 39-44.

⁶⁹² Recordar, en este sentido, el conjunto de ventajas que se han ido introduciendo en el tratamiento impositivo de los partícipes, de las cuáles ha resultado de una enorme trascendencia la relativa al aumento progresivo de los límites que afectan a las reducciones de la base imponible del Impuesto sobre la renta de las personas físicas en relación con las aportaciones y contribuciones realizadas a Planes de pensiones, a Mutualidades de Previsión Social y primas satisfechas a planes de previsión asegurados.

limitaciones que más tempranamente se denunciaron con respecto a la generalización de la previsión social voluntaria en el ámbito de las relaciones laborales fue la falta de respaldo legal a la articulación plural o colectiva de planes de pensiones. No había, en este sentido, una previsión normativa en favor de que el grupo de empresas pudiera promover un plan de pensiones único para todos los trabajadores pertenecientes a las empresas del grupo, ni tampoco había una regulación expresa de los planes de pensiones de empleo de carácter supraempresarial en la que pudieran ostentar la condición de promotor colectivo las empresas afectadas por un mismo convenio sectorial y cuyos partícipes fueran los empleados de todas las empresas incluidas en el ámbito personal del citado convenio⁶⁹³. A ello habría que añadir que tampoco se hacía mención explícita a la posible promoción conjunta por varias empresas, especialmente de reducida dimensión, de planes de carácter profesional cuya iniciativa de implantación no estuviera necesariamente vinculada a la negociación colectiva. En definitiva, y tal y como se apuntó anteriormente, la excesiva vaguedad con la que el legislador aludía a las entidades promotoras de un plan del sistema de empleo no resultó adecuada a la hora de interpretar la potencialidad de determinadas instancias empresariales o de otro tipo como eventuales entidades de promoción de sistemas privados de pensiones. Recuérdese, además, que el art. 5.1.a) de la anterior LPFP aludía de forma indirecta a la existencia de un único plan por empleador –“Un plan del sistema de empleo será no discriminatorio cuando la totalidad del personal empleado por el promotor (...)”- lo que planteaba serias dudas con respecto a la posibilidad de que se pudiera instar la creación de planes de promoción conjunta. Por tanto, se hacía de la empresa el ámbito exclusivo de los planes profesionales, de modo que la fórmula abierta utilizada por el legislador para designar al promotor podía resultar idónea para describir un concreto ámbito de aplicación del mismo, como era el marco estrictamente empresarial, pero parecía claro que bajo estas circunstancias los planes promovidos de forma conjunta –por un grupo o por varias empresas- no tenían un acomodo legal suficiente.

Aparte de estas consideraciones de orden jurídico, había otros aspectos mucho más apremiantes que aconsejaban la reformulación del ámbito funcional de los planes de pensiones del sistema de empleo. En concreto, nos referimos a la constatación en la práctica de una insuficiente implantación de los sistemas de privados de pensiones en el conjunto de las empresas españolas. El análisis de la escasa penetración de los planes de pensiones en el marco empresarial tenía su causa, en primer lugar, en el diseño legal predispuesto en relación al proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos en las empresas. Como se sabe, hasta

⁶⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 166.

la aprobación de la Ley 30/1995 no se impone de forma obligatoria la instrumentación de los compromisos por pensiones a través de planes o seguros colectivos, por lo que pese a la existencia de una regulación expresa en la materia las empresas descartaron instar la creación de un acuerdo de previsión colectivo bajo la fórmula del plan de pensiones.

Pero, por otro lado, se empezaron a vislumbrar tres aspectos decisivos a la hora de valorar adecuadamente la nula implantación de la figura de los planes. Así, el primer elemento de análisis estuvo constituido por la comprobación en la práctica de que la implantación progresiva de los planes de pensiones únicamente se estaba llevando a cabo en el ámbito de las grandes empresas⁶⁹⁴, y ello como consecuencia de la transformación de sistemas de previsión anteriores sostenidos en muchos casos con fondos internos. Se podía deducir en consecuencia que una parte muy significativa del tejido empresarial español, en concreto las pequeñas y medianas empresas, seguían sin incorporarse a los planes de pensiones. Evidentemente, la importancia en nuestra economía de las PYMES, agrupando el 75 por ciento de las empresas españolas y el 80 por ciento del empleo privado, iba a resultar determinante a la hora de adoptar medidas que trataran de promocionar los sistemas privados de previsión.

Otra cuestión de enorme importancia, en lo que a la reforma del ámbito funcional de los planes se refiere, estuvo constituida por la creciente importancia del fenómeno de la concentración de empresas, muy presente ya en nuestra economía, que aconsejaba su tratamiento específico en la normativa reguladora de los planes al objeto de dar respuesta a los problemas que se pudieran suscitar en cuanto a la posibilidad de que un grupo de empresas pudiera actuar como promotor de un único plan para todas las empresas integradas en él mismo y con respecto a la responsabilidad de los compromisos por pensiones asumidos.

Finalmente, otro de los problemas detectados desde la aprobación de la anterior LPFP fue la necesidad de encontrar fórmulas o mecanismos que se adaptaran mejor a la estructura de la negociación colectiva basada en convenios colectivos de carácter sectorial. Se venía constatando que pese a la importante extensión, como se ha dicho, de los planes de pensiones en el ámbito de la gran empresa, aún no había ocurrido lo mismo en los marcos sectoriales, constituyendo una asignatura pendiente de desarrollo en el ámbito de la contratación colectiva sectorial de las relaciones de trabajo⁶⁹⁵.

Precisamente, estas razones –las tres descritas– fueron las que se tuvieron en cuenta en la reforma operada en el ámbito personal de los planes de carácter profesional y a la hora de impulsar los de la modalidad conjunta. Y así, las dos primeras preocupaciones apuntadas tuvieron su

⁶⁹⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas...*, *op. cit.*, p. 207 y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, p. 130.

⁶⁹⁵ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, p. 130.

reflejo legal a través de la nueva redacción dada por la disp. adic. 11ª Ley 30/1995 a la letra a) del art. 4.1 de la anterior LPFP, de modo que a partir de ese momento se posibilitaba la promoción de un único plan para las empresas integradas en un mismo grupo, así como se admitía el supuesto de un plan promovido de forma conjunta por varias empresas de menos de 250 trabajadores. Con la primera de las medidas se trataba de normalizar el fenómeno de los grupos empresariales en el ámbito de los planes de pensiones. En el segundo caso, se trataba de potenciar los sistemas privados de pensiones entre las empresas de reducida o mediana dimensión dado que de esa manera se podía hacer del sistema de empleo el eje de la previsión social complementaria en la medida en que las PYMES agrupaban la mayor parte de la población activa española. Tan sólo había que esperar al desarrollo reglamentario exigido legalmente [art. 4.1.a) de la anterior LPFP], lo que se produjo finalmente con la aprobación del RD 1589/1999, de 15 de octubre, por el que se modificaba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones⁶⁹⁶. Por otro lado, quedaba sin atender la tercera de las deficiencias apuntadas, la relativa a la constitución de planes de pensiones resultado de un acuerdo de la negociación colectiva supraempresarial. Finalmente, con ocasión de la modificación del art. 4 de la LPFP por el art. 32.2 de la Ley 24/2001 se introdujo esta posibilidad, aunque necesitada de desarrollo reglamentario, lo que de algún modo significaba cerrar una etapa de claro impulso en favor de la superación del marco empresarial como ámbito de aplicación de los planes de carácter profesional⁶⁹⁷.

Sin embargo, el proceso de aliento institucional en favor de la consolidación de la figura de los planes de promoción conjunta no se detuvo aquí. Con la aprobación del TRLPFP, que recogía las previsiones contenidas en la Ley 24/2001, seguía pendiente el desarrollo reglamentario de este tipo de planes⁶⁹⁸, lo que suponía dejar abierto aún el régimen jurídico aplicable a los planes de promoción conjunta. De hecho, el debate en torno a la necesidad de que los planes articulados de forma colectiva constituyeran un elemento decisivo al impulso de estos mecanismos privados de previsión ha estado presente en los últimos años. Así, con ocasión de la reforma operada por la Ley 24/2001 ya se hizo una defensa de este tipo de planes como medida de potenciación de los sistemas

⁶⁹⁶ La norma citada incorporó un nuevo Capítulo X (arts. 74 y siguientes) al RD 1307/1988 (anterior RFPF).

⁶⁹⁷ En cierto modo, nuestra legislación adoptaba a partir de este momento lo que el ordenamiento estadounidense ya había resuelto a través de la distinción entre el *plan sponsor*, instituido o patrocinado por un empleador de forma individual, y el *multiemployer plan*, creado y mantenido por más de una empresa [The Employee Retirement Income Security Act (ERISA) sección 3 (16) (B)]. Un análisis de estos últimos se puede encontrar en GHILARDUCCI, T.: “The many faces of American Union Pensions Plans”, en VV. AA. (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives...*, op. cit., pp. 97-113.

⁶⁹⁸ El art. 4.1.a), párrafo 5º TRLPFP conminaba al Gobierno a adaptar reglamentariamente la normativa de los planes de pensiones a las características propias de estos planes promovidos de forma conjunta, respetando en todo caso los principios y características básicas establecidos en esta Ley.

privados de pensiones (Apartado XIII del Acuerdo para la Mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001). Al mismo tiempo, el Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, consideraba a la negociación colectiva como la vía estratégica de extensión de la previsión empresarial (...), y advertía que en función de las características de nuestro tejido empresarial, compuesto en gran medida por pequeñas y medianas empresas y empresarios individuales se debía facilitar a este tipo de empresas y a sus trabajadores la posibilidad de participar en planes de pensiones de promoción conjunta y seguros colectivos, con sistemas sencillos y flexibles, que generen economías de escala y reduzcan los costes de gestión y administración (Apartado 14º, V. Conclusiones). En suma, continuaba existiendo una cierta insatisfacción con respecto al modo en que se organizaban jurídicamente los planes de promoción colectiva o plural.

Precisamente, con la aprobación del actual RFP se ha dado desarrollo normativo a la previsión contenida en el párrafo quinto del art. 4.1.a) TRLFP relativa a los planes de promoción conjunta, con lo que se ha culminado el marco regulador de la articulación colectiva de compromisos empresariales por pensiones. Al mismo tiempo, se ha procedido a derogar el RD 1307/1988, modificado por el RD 1589/1999, por lo que se deja sin efecto el Capítulo X dedicado a los planes de promoción conjunta. Como era de esperar y recogiendo las preocupaciones expresadas con anterioridad en relación a la necesidad de seguir potenciando las formas de promoción colectiva, el RFP introduce algunos aspectos novedosos en este tipo de planes, marcándose como objetivo el otorgarles un mayor grado de flexibilidad en cuanto a las distintas posibilidades de configuración de los mismos. Esta finalidad es reconocida en la Exposición de Motivos del reglamento dado que en coherencia con los diferentes aspectos introducidos mediante la Ley 24/2001, referentes a la consideración de los planes de pensiones de empleo como un instrumento de previsión social empresarial coordinado con los procesos de representación y negociación colectiva en el ámbito laboral, se considera crucial ofrecer a las partes implicadas un grado de autonomía y libertad de pactos que permita su adaptación flexible a las necesidades y características que concurren en el medio laboral y empresarial (párrafo 4º). A decir verdad, la plasmación jurídica de esta finalidad, la de otorgar un amplio margen de libertad a los promotores para la constitución de este tipo de planes, arroja un saldo positivo ya que el marco regulador de la articulación colectiva de los compromisos en la rama de pensiones resulta más flexible que su inmediato precedente.

Así, la Sección IV (artículos 37 y siguientes) es la encargada de recoger las peculiaridades que ofrecen los planes de promoción conjunta. Sin querer entrar ahora en la descripción del régimen jurídico de este tipo

de planes, cuestión que se abordará de inmediato, aunque también a lo largo de este trabajo, interesa destacar ahora precisamente las distintas posibilidades que ofrece el nuevo marco legal a la hora de llevar a cabo una articulación colectiva de los compromisos por pensiones. Y así, lo primero que llama la atención de este nuevo régimen jurídico, a diferencia del cuadro legal anterior, especialmente del RD 1307/1988, es que ya no hay una distinción inicial entre planes de grupo y de aquellos otros promovidos conjuntamente por empresas de menos de 250 trabajadores. En contraposición con la anterior situación, la normativa reglamentaria actual ha pretendido establecer un marco jurídico general para las diferentes formas específicas de articulación de este tipo de planes, de modo que ya no se hace una diferenciación expresa entre los mismos. Esta inexistencia de dos grupos normativos distintos aplicables a dos formas concretas de promoción de planes colectivos es el resultado de esa mayor flexibilidad que el legislador ha querido otorgar a la constitución de esta modalidad de planes. Reténgase que el art. 37.1 RFPF enumera una serie de criterios que pueden justificar la promoción plural de un plan de estas características, pero se trata, a la postre, de una lista abierta. Por ello, la mayor amplitud de la figura del promotor o promotores del plan organizado colectivamente hace difícil el establecimiento de un cuadro normativo separado para cada uno de los diferentes tipos de planes. Por tanto, el RFPF postula un tratamiento común y genérico de las diferentes posibilidades de promoción de este tipo de planes.

Dicho lo anterior, el art. 37.1 RFPF encabeza el régimen jurídico regulador de los planes de promoción conjunta estableciendo la regla general de que varias empresas o entidades, incluidos los empresarios individuales y los entes y organismos de las Administraciones públicas podrán promover conjuntamente un plan de pensiones de empleo en el que podrán instrumentar sus compromisos por pensiones. Se reproduce, de este modo, la previsión legal contenida en el párrafo 4º del art. 4.1.a) TRLFPF – “varias empresas o entidades podrán promover conjuntamente...”- en la que se efectuaba un reconocimiento de la facultad de exceptuar la regla general de un único promotor por plan⁶⁹⁹. Lo que ocurre es que el RFPF ha querido matizar que entre esas entidades y empresas que ostentan la posibilidad de promover de forma colectiva un plan también debe incluirse a los empresarios individuales y a los entes y organismos de las Administraciones Públicas. Se trata, en realidad, de una precisión formal⁷⁰⁰ pero, en cierto modo, superflua dado que si ambas entidades –empresario individual y Administraciones Públicas, incluidas las Corporaciones

⁶⁹⁹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 287.

⁷⁰⁰ Así lo entiende ROMERO BURILLO, A. M.ª: “El nuevo Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones: ¿hacia la consolidación de los planes de pensiones del sistema de empleo?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004, p. 74.

Locales, las entidades y organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas- pueden actuar como promotores individuales de un plan, difícilmente se les podría negar la facultad de poder articularlo de forma conjunta.

Sentado el principio general por el cual varias entidades o empresas van a poder promover de forma conjunta un plan de pensiones del sistema del empleo, es el art. 37.2. RFPF el encargado de enunciar las diversas formas de manifestación de aquéllos. Pero antes de hacerlo, establece dos principios básicos que resultan fundamentales para comprender la amplia libertad con la que el legislador ha querido configurarlos. Por un lado, el primer párrafo del art. 37.2 RFPF faculta a las empresas o entidades que hayan promocionado de forma conjunta un plan a prever la posibilidad de incorporación de nuevas empresas con posterioridad a su constitución. En sentido contrario, de no indicarse nada al respecto el ámbito del plan quedaría limitado a las entidades promotoras que concurren en el momento de su formalización. Por otro lado, los planes de promoción conjunta podrán ser abiertos a cualquier empresa (art. 37.2, párrafo 2º RFPF). Los términos de la norma, en este segundo apartado, son especialmente contundentes a la hora de señalar nuevos caminos a explorar por las entidades interesadas en promover estos mecanismos de previsión, lo que contrasta de forma especial con la legislación anterior en la que únicamente se ofrecía la posibilidad de promocionar planes de este tipo a empresas pertenecientes a un mismo grupo o a empresas de menos de 250 trabajadores (arts. 74 y 75 del anterior RFPF). Pese a ello, el propio párrafo 2º del art. 37.2 RFPF admite el que las entidades promotoras de un plan puedan establecer criterios al objeto de limitar su ámbito de aplicación, de modo que el sistema de previsión colectivo podría agrupar a determinadas entidades o empresas en función de su pertenencia a un grupo, del carácter de pequeña o mediana empresa o por el hecho de tener asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito supraempresarial. No se trata, como se ha dicho, de una lista cerrada⁷⁰¹, al contrario, el inciso final del art. 37.2 RFPF es claro al establecer que serán válidos “otros criterios” que libremente se decidan entre las entidades promotoras. En cualquier caso, resultan decisivos los criterios expuestos en el RFPF -pertenencia a un grupo de empresas, el carácter de pequeña o mediana empresa o asunción de compromisos derivados de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito supraempresarial- ya que han sido los que tradicionalmente han servido para instituir planes de promoción conjunta. De hecho, el propio art. 37.3

⁷⁰¹ Estamos ante una enumeración abierta de criterios, según ROMERO BURILLO, A. M^a.: “El nuevo Reglamento de Planes de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 75 o de una lista de supuestos no cerrada, en palabras de SUÁREZ CORUJO, B.: “RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones: un nuevo paso en el empeinado intento de fomentar la protección social complementaria”, *Relaciones Laborales*, , 2004, p. 103

RPPF se encarga de desarrollar el alcance y significado de los criterios anteriormente expuestos.

Precisamente, al análisis de las distintas posibilidades de articulación de estos planes de promoción conjunta nos vamos a dedicar a continuación. Se pretende con ello indicar los supuestos más habituales de promoción colectiva y plural, pero al mismo tiempo concretar el alcance de los criterios previamente enumerados en el art. 37.2 RPPF.

Pero antes de ello, conviene llamar la atención de la importancia que en la actualidad deben adquirir los planes de promoción conjunta ya que los mismos poseen una serie de ventajas indudables frente a los planes de pensiones de carácter empresarial. Y así, uno de los aspectos a destacar es el de la racionalización de costes para las empresas implicadas⁷⁰² ya que, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, ello va a suponer repartir entre todas los promotores integrantes del plan los importantes gastos de constitución y funcionamiento que éste comporta. A ello cabe añadir comisiones más bajas de las entidades gestoras y depositarias, si el plan reúne un significativo número de partícipes y de volumen gestionado⁷⁰³. Por otro lado, con la articulación conjunta de los compromisos por pensiones se pueden superar determinados inconvenientes que se pueden presentar en las pequeñas empresas. En concreto, una de las dificultades que se puede señalar es la de la imposibilidad de promover un plan de prestación definida en empresas de reducida dimensión ya que los cálculos actuariales exigen la existencia de un colectivo mínimo de empleados-partícipes para que sea aplicable la ley de los grandes números y el tratamiento estocástico que toda consideración actuarial conlleva⁷⁰⁴, de modo que los planes de promoción conjunta podrían servir para superar esta limitación. Por último, este tipo de planes son especialmente idóneos para superar los sistemas de previsión particularistas a los que se aludía con anterioridad. En efecto, esta modalidad, especialmente aquella que está ligada a la negociación colectiva como fuente, debe permitir una mejor articulación de la previsión social complementaria, favoreciendo una racionalización de los sistemas protectores y garantizando una cierta homogeneidad o equivalencia del sistema de planes en el marco de un determinado sector de actividad económica⁷⁰⁵.

⁷⁰² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit, p. 29. Además del abaratamiento de costes, el establecimiento de planes de pensiones para pequeñas y medianas empresas permite simplificar notablemente su acceso al sistema (SANZ ARNAL, E.: "Sistemas de previsión...", op. cit., p. 64).

⁷⁰³ VV. AA.: *Previsión social de las Administraciones...*, op. cit., p. 100.

⁷⁰⁴ SÁENZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los...*, op. cit., p. 223.

⁷⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit, p. 29.

A) El grupo de empresas como promotor de un plan de pensiones del sistema de empleo

La importancia del fenómeno de grupo es patente en el sistema económico contemporáneo⁷⁰⁶. Se trata de una nueva forma empresarial que es fruto del agotamiento del modelo de producción fordista⁷⁰⁷. Las causas de esta mayor concentración del poder económico en que consiste la empresa de grupo son de sobras conocidas, a saber: la necesidad de crear unidades de producción más amplias para aprovechar la extensión del mercado, las innovaciones tecnológicas que exigen grandes inversiones de capital y la búsqueda del monopolio, entre otras⁷⁰⁸. Siendo esto así, lo verdaderamente asombroso es la ausencia de un marco legislativo de referencia⁷⁰⁹ que permita dar respuesta adecuada a los intereses en juego en el marco de las empresas con estructura de grupo e incluso la existencia de una doctrina jurisprudencial que no ha querido certificar la realidad de dicho fenómeno y que ha seguido subrayando el principio de indiferencia jurídica.

Sin embargo, la legislación en materia de planes y fondos de pensiones ha favorecido un tratamiento singular y normalizador de los grupos de empresa⁷¹⁰, y ello desde su plena incorporación a la normativa reguladora sobre esta materia a partir de la Ley 30/1995⁷¹¹. En efecto, el

⁷⁰⁶ Se ha convertido en la forma dominante en las economías de mercado, como consecuencia de la evolución de la gran empresa (ARAGON MEDINA, J.: “Los grupos de empresas como unidad económica dominante”, en VV. AA. (Baylos, A. y Collado, L. eds.): *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, Madrid, Trotta, 1994, p. 24).

⁷⁰⁷ Sobre esta nueva orientación *cf.* BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, Comares, 2002, pp. 1-35. En contraposición a ese modelo aparecen nuevas formas de organización empresarial que recurren habitualmente a la externalización de cada vez más fases del ciclo productivo, que se integran en redes empresariales y otras estructuras empresariales complejas y que, en definitiva, se alejan cada vez más de la imagen de la empresa tradicional (ESTEVE SEGARRA, M.^a A.: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 24).

⁷⁰⁸ MONEREO PEREZ, J. L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 21, 1985, p. 84.

⁷⁰⁹ Como se ha puesto de manifiesto, “se carece hasta el presente de un régimen jurídico capaz de configurar una institucionalización global de la empresa con estructura de grupo” (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997, pp. 89-90). Se ha hablado, para el supuesto de los grupos, de “un estatuto que constituye la punta de un iceberg interpretativo que se desplaza permanentemente entre una débil juridificación y continuos impulsos de tipificación y normalización, debidos a una pluralidad de fuentes de diversa índole, expresivas de la complejidad del nuevo ciclo complejo que caracteriza los actuales procesos de positivización de los fenómenos sociales y económicos” (MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, Madrid, Ibidem, 1997, p. 40).

⁷¹⁰ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Concentración empresarial y compromisos por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta de los grupos de empresas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 209-210, 2000, p. 49. La promoción de planes de grupo contienen una nueva visión distinta de la que tradicionalmente se realiza desde la patología del grupo (ESTEVE SEGARRA, A.: *Grupo de sociedades...*, *op. cit.*, p. 105). Se opta, por tanto, por un tratamiento fisiológico (MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “Los Planes y Fondos de pensiones ante las nuevas formas de organización de la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 245-246, 2003, p. 44).

⁷¹¹ Ya se destacó la importancia que este tipo de provisiones han tenido para un ordenamiento como el de nuestro país que se muestra remiso (renuente) a regular decididamente los efectos en el campo social de

legislador ha optado por reconocer la realidad de los fenómenos empresariales de grupo, dando respuesta al problema de los regímenes privados de pensiones como sistemas de seguridad⁷¹². Piénsese que en las organizaciones empresariales en forma de grupo se plantea de forma especial el supuesto de la movilidad de trabajadores y, por tanto, de la transferibilidad de los derechos económicos consolidados, lo que exige de un tratamiento normativo singular que tenga en cuenta las peculiaridades de este sistema de organización empresarial. Y así es, tal y como quedó avanzado anteriormente, como con la aprobación del RD 1589/1999 se añadía al ya derogado RD 1307/1988 un nuevo Capítulo X dedicado a la ordenación jurídica de los planes de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta, entre los que se incluían los planes de grupo. Hoy definitivamente es la Sección 4ª del actual RFPF la encargada de regular los citados planes.

Pese a la existencia de un marco jurídico-regulador de la estructura de grupo como eventual promotor de un plan de pensiones para las empresas integrantes del mismo, lo que realza el tratamiento fisiológico de estas realidades frente a anteriores de tipo patológico específicamente en el ámbito laboral, conviene llamar la atención acerca del modelo de intervención jurídica por el que opta el legislador. Se trata de una cuestión sumamente interesante en materia de previsión social voluntaria dado que al igual que ocurre en otros sectores normativos donde el grupo ha sido objeto de juridificación, en el ámbito de los planes y fondos de pensiones se hace necesario comprobar de que modo la opción de política legislativa adoptada garantiza un equilibrio en la tutela de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores como partícipes del plan de grupo y la necesaria flexibilidad normativa exigida por dicho modelo empresarial para permitir su adaptación a las variaciones del ambiente económico⁷¹³. En

los grupos de empresa. En definitiva, esta norma abrió una vía para esa necesaria relevancia del fenómeno de los grupos empresariales (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 167).

⁷¹² La regulación legislativa de los grupos en el ámbito de los planes y fondos de pensiones debe suponer un primer paso en el proceso de culminación de una regulación jurídico-laboral de estas realidades empresariales. Como indican MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, “tanto en interés de la tutela efectiva de los derechos e intereses de los trabajadores (art. 24 CE), cuanto de la transparencia de la empresa y del mercado, así como, en interés de las empresas y grupos (art. 38 CE), debería producirse una intervención del legislador laboral, nacional y europeo, para sacar definitivamente a los grupos, como formas modernas de organización empresarial, tanto de la zona oscura del tratamiento de patología cuanto de la zona gris de la mera tolerancia. La regulación legislativa lejos de expresar una actitud de sospecha frente a los grupos implica, lisa y llanamente, su reconocimiento definitivo, si bien se impone regular esta libertad precisamente para introducir un vínculo de racionalidad normativa, pero también económica: no puede haber auténtica libertad sin la responsabilidad de quienes hacen posible su funcionamiento para, en aras de aumentar la seguridad jurídica, facilitar la dirección del grupo atendiendo a la consideración equilibrada de todos los intereses en presencia” (*El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Comares, 2002, pp. 180-181).

⁷¹³ Como se ha indicado, una política jurídica que forme y conforme el Derecho de los grupos, debe garantizar un equilibrio en la protección de los distintos intereses y bienes jurídicos de relevancia constitucional, pero al mismo tiempo debe apoyar decididamente y sin reservas los procesos de

definitiva, el análisis de los planes de grupo exige de un estudio jurídico-crítico sobre el modo en que se conjuga la racionalidad económica y social presente en estos instrumentos de previsión.

Por lo pronto, a los efectos de la promoción de planes de pensiones el legislador ha optado por una calificación jurídica de grupo nada innovadora con respecto a las definiciones existentes con anterioridad en otros ámbitos normativos. El concepto de grupo de empresas incorporado a la normativa de planes y fondos de pensiones resulta ser el mismo que recogía la disp. adic. 4ª de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo⁷¹⁴, que caracterizaba a éste atendiendo básicamente al criterio de la unidad de decisión apreciado únicamente mediante el ejercicio del control conforme al art. 42.2 Código de Comercio (en adelante Cco). Así, primero el art. 74.1 RD 1307/1988 y después el art. 37.3.b) RPFPP van a reproducir la noción de empresa de grupo desde los parámetros proporcionados por el Derecho Mercantil, de modo que la existencia del grupo se produce en atención a una serie de presunciones en favor de la concurrencia de la unidad de dirección porque cualquiera de las empresas agrupadas controla, directa o indirectamente, a las demás. La constatación de esa dirección económica unitaria se realiza atendiendo a lo previsto por el art. 42.2 Cco que considera que existe control de una entidad sobre otra cuando, respecto de ésta, aquélla se encuentre en alguno de los siguientes supuestos: a) que posea la mayoría de los derechos de voto, b) que tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración o bien la situación en la que, de hecho, los órganos de administración existentes se han nombrado exclusivamente con la dominante y c) que pueda disponer, en virtud de acuerdos con otros socios, de la mayoría de los acuerdos de voto. Este precepto se ha tomado como punto de referencia básico para la elaboración de posteriores definiciones de los grupos en detrimento de otros conceptos anteriores⁷¹⁵ como el previsto en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁷¹⁶. Pese a ello, la normativa reguladora de los planes y fondos de Pensiones ha integrado también el concepto de grupo suministrado por este precepto en lo que se refiere a las inversiones de los fondos de pensiones (art. 16.5 TRLPFP)

autorregulación colectiva en el seno de los grupos. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: *Teoría jurídica de los...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

⁷¹⁴ BOE 4 agosto 1992.

⁷¹⁵ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...*, *op. cit.*, p. 48. Como se ha indicado, el concepto recogido en el art. 4 de la Ley 24/1988 tuvo especial trascendencia a los efectos de la creación de una eventual noción general de grupo de sociedades. Esta Ley contenía el concepto más general de la delimitación del grupo hasta el punto de poder considerarlo como un concepto de alcance y validez general en todo el sistema positivo español –sin perjuicio de la diversidad de efectos que en cada disciplina pudiera desplegar– (MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho nuevo de los grupos...*, *op. cit.*, p. 157).

⁷¹⁶ BOE 29 julio 1988.

identificando como pertenecientes a un mismo grupo empresarial a las sociedades contempladas en el mismo. En todo caso, este último concepto resulta especialmente funcional a los efectos del ámbito regulativo en el que se encuadra –las inversiones de los fondos de pensiones- dado que tan sólo resulta aplicable a aquellas sociedades mercantiles con títulos negociables en los mercados de valores⁷¹⁷, por lo que debe prevalecer el concepto previsto en la norma reglamentaria [art. 37.3.b) RFPF] ya que es el que debe aplicarse en términos de la norma a los efectos de la identificación del grupo como potencial entidad promotora de planes de pensiones conjuntos.

De lo dicho hasta aquí se deduce una consecuencia significativa en lo que a la comprensión del modelo de regulación legal de lo planes de grupo se refiere. Y así, la noción de grupo propuesta por el RFPF resulta en exceso autolimitativa al igual que ocurría con la formulada por la disp. adic. 4ª Ley 22/1992 ya que aún cuando su formulación sea correcta no resulta lo suficientemente omnicomprendiva de la multiplicidad de formas de manifestación del fenómeno de la organización de la actividad empresarial a través de la forma grupo. Al darse relevancia a la noción de unidad de decisión, basada en el control, se dejan fuera de la definición de grupo a los denominados grupos por coordinación⁷¹⁸ o, incluso, a la multiplicidad de formas híbridas que la práctica económica-jurídica de los grupos presenta. Parece, por tanto, que el legislador ha querido vincular los planes de grupo a una tipología específica de éstos, en concreto, a los grupos por subordinación, por lo que para el resto de diversificaciones tipológicas de grupo o de colaboración empresarial en sentido amplio se estaría pensando en los planes compuestos por varias empresas de reducida dimensión, ya pequeñas y medianas⁷¹⁹. Esta interpretación podría sustentarse en dos consideraciones. Por un lado, en la diferenciación que tradicionalmente se ha realizado entre los grupos por subordinación, en los que sus formas dan lugar a una nueva empresa con titularidad plural y los grupos por coordinación, en los que resulta más difícil hablar de una única empresa, sino más bien de un conjunto integrado de unidades empresariales autónomas bajo una titularidad plural coordinada de los respectivos conjuntos empresariales⁷²⁰. Así, parecería más adecuado a los ojos del legislador reservar los planes de grupo para los supuestos de subordinación empresarial dado que es en este caso donde es más fácilmente perceptible

⁷¹⁷ Véase, LÓPEZ CUMBRE, L.: “Concentración empresarial y compromisos...”, *op. cit.*, p. 49

⁷¹⁸ ROMERO BURILLO, A. M.ª: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 303. En idéntico sentido, MONEREO PÉREZ, J. L.: Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 81.

⁷¹⁹ Criterio defendido por MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.ª: “Los Planes y Fondos de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 49.

⁷²⁰ Sobre esta distinción, así como sobre la tendencia hacia la descentralización y a la flexibilidad de los grupos, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Teoría jurídica de los...*, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

una dirección económica unitaria, frente a los supuestos plurales de coordinación o colaboración empresarial en los que aún existiendo una cierta cooperación económica no resulta suficiente para su catalogación como grupo en sentido estricto. Por otro lado, esta diferenciación jurídica no impediría un tratamiento normativo homogéneo de ambas figuras dado que de esta manera se resaltaría su consideración de planes de promoción conjunta al encontrarnos con una pluralidad de entidades –titularidad plural en sus dos manifestaciones-, frente a los planes de promoción individual en la que nos encontramos con único sujeto empresarial.

Sin embargo, a nuestro parecer esta particular ordenación jurídica de los planes de grupo puede presentar algunas disfuncionalidades. Por un lado, hay que hacer notar el carácter multiforme y variable de la organización de grupo en el sentido de que su estructura organizativa no siempre se adapta a un esquema rígido. En efecto, la consideración del grupo sobre la base del fenómeno de la propiedad accionarial no agota la variabilidad de los nexos o vinculaciones entre empresas sustentados en acuerdos económicos, personales o contractuales, de modo que sobre tales ligámenes bien puede fundamentarse la existencia de una empresa de grupo, aún en ausencia de relaciones de propiedad y control accionarial⁷²¹. De ahí que la reducción por la que opta el RFPF en favor de la consideración de los grupos por subordinación va a dejar en tierra de nadie al resto de las formas de expresión de la estructura de grupo. Por otro lado, derivar al resto de las manifestaciones plurales del fenómeno de la organización empresarial de grupo hacia otras modalidades de planes de promoción conjunta puede resultar un mal menor pero no resulta jurídicamente suficiente en vista de que ni los acuerdos de previsión colectivos de pequeñas y medianas empresas pueden ajustarse a la realidad económica y jurídica de las mismas en todos los casos ni tampoco resulta adecuado acudir a la fórmula de los planes constituidos por varias empresas en virtud de acuerdos de negociación colectiva supraempresarial.

Dejando de lado la calificación jurídica de grupo a los efectos de la promoción de planes de pensiones del sistema de empleo y antes de abordar la configuración normativa de estos instrumentos de previsión, interesa ahora justificar la configuración de los planes de grupo como planes de promoción conjunta. En definitiva, se trataría en este momento de preguntarnos acerca de las razones por las que el plan de grupo de empresas tiene un tratamiento jurídico distinto al del plan de un empresario como promotor individual. Y así, se han podido manejar dos tipos de argumentos a la hora de justificar esta separación entre planes colectivos de grupo y planes individuales de empresa⁷²².

⁷²¹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...*, op. cit., p. 34.

⁷²² ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 300 y ss.

El primer criterio adoptado es el de la distinción formal entre la empresa individualmente considerada, ya como empresario individual ya como sociedad persona jurídica, y el grupo de empresas. Así, la consideración de la estructura de grupo como aquella situación en la que varios empresarios jurídicamente independientes se hallan sometidos a una dirección única llegando a constituir una unidad económica⁷²³ ha servido para que el grupo pueda actuar como entidad promotora de un plan de pensiones del sistema de empleo conjunto, frente a la empresa considerada individualmente que podría instar la creación de un plan del sistema de empleo individual. En efecto, en el caso de los grupos la existencia de una pluralidad de entidades que actúan bajo una dirección unitaria, es decir, que intervienen en el mercado con la lógica y bajo la línea de una única y misma empresa, nos podría llevar a pensar que como tal, el grupo debería poder instar la creación de un plan del sistema de empleo individual. Sin embargo, tal y como se ha puesto de manifiesto, las empresas integradas en él en ningún momento han perdido su personalidad jurídica propia pese a llegar a constituir una unidad de decisión económica, por lo que difícilmente el grupo podría actuar como promotor individual ya que las empresas que lo constituyen siguen manteniendo su identidad individual⁷²⁴.

A esta distinción formal, en lo que a la consideración de los grupos como entidades promotoras de Planes conjuntos se refiere, cabe añadir otro argumento sustantivo que se erige además en una característica esencial de este tipo de planes: nos referimos a la concepción del grupo como un ámbito de imputación al tiempo unitario y plural. En otros términos, la justificación de que la estructura organizativa empresarial de grupo pueda actuar como promotor de planes de pensiones en su modalidad conjunta deriva del modo en que se configuran jurídicamente este tipo de planes. Como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, hay un conjunto de previsiones normativas contenidas en el RPPF en las que se pone de relieve como el conjunto de las empresas integradas en el grupo continúan teniendo personalidad jurídica propia, manteniendo, por tanto, su identidad individual. Así, los arts. 37.3.b), párrafo 2º; 39 y 41.2.b) RPPF constituyen ejemplos de cómo cada entidad empresarial que forma parte del grupo mantiene su identidad, impidiendo, por tanto, la caracterización

⁷²³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “Concepto y significado institucional de los grupos de empresas”, en VV. AA.: *Libro Homenaje a Ramón M^a Sastre (Junta de Decanos de Colegios Notariales)*, Tomo III, Madrid, 1976, pp. 533 y ss.

⁷²⁴ Como se ha indicado, la “diferenciación del tratamiento jurídico que se lleva a cabo en estas normas, entre un Plan de empresa y un Plan de grupo de empresa, resulta por sí mismo significativa, puesto que nos ofrece un primer argumento para defender la distinción existente en el tratamiento de ambas formas de organización de la empresa, es decir, la empresa unitaria de la cual es titular un único empresario, y la empresa de grupo, en la cual coexisten una pluralidad de empresarios. En caso contrario, lógicamente, no hubiera sido necesaria la existencia de una regulación específica para regular los Planes de Pensiones en los grupos de empresa, puesto que serían suficientes las previsiones relativas a los Planes de empresa” (MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “Los Planes y Fondos de pensiones...”, *op. cit.*, p. 46).

del grupo como una empresa unitaria. Pero, del mismo modo que el RPPF realiza un tratamiento jurídico del grupo atendiendo a la pluralidad subjetiva que lo conforma, también ha tenido en cuenta su consideración como una unidad económica. Por tanto, nos encontramos con previsiones normativas que reflejan la cohesión o relación entre las diversas entidades empresariales integrantes del grupo, haciendo prevalecer, por tanto, la dirección unitaria del grupo. Y así, uno de los ejemplos normativos del mencionado carácter unitario del grupo se muestra en el art. 38.4 RPPF ya que en el mismo se prevé la posibilidad de una mediación en el pago de aportaciones que realice alguno de los promotores por cuenta de otros. Esta facultad está plenamente justificada en el ámbito de los grupos dado que las vinculaciones que mantienen las empresas integrantes del mismo, al someterse a una dirección unitaria, no nos permite la identificación de un único empresario, pero sí que permite afirmar que no nos encontramos con entidades totalmente independientes y desligadas jurídicamente⁷²⁵. En suma, el distinto tratamiento normativo que reciben el grupo de empresas y la empresa considerada individualmente, otorgando al primero la posibilidad de promocionar planes de empleo conjuntos y al segundo los de carácter individual, sólo se puede sustentar desde la idea de que estamos ante realidades empresariales distintas.

Una vez analizados estos dos aspectos de los planes de grupo, por un lado, la calificación jurídica de grupo y, por otro, su tratamiento normativo como entidad promotora de planes de pensiones del sistema de empleo en su modalidad conjunta, es el momento de estudiar de forma breve las peculiaridades que la configuración jurídica de estos planes ofrece y, al mismo tiempo, dar respuesta a la pregunta que nos hacíamos con anterioridad acerca de si el Derecho flexible de los grupos en esta materia atiende adecuadamente esa doble finalidad económica y social presente en estos instrumentos de previsión. Y así, lo primero que debemos resaltar de la ordenación jurídica que de los planes de grupos realiza el TRLPFP y su RPPF, con independencia de que a lo largo de este trabajo se vayan abordando otras cuestiones de interés, es la nota de voluntariedad que preside en todo momento la constitución de un plan de grupo. El carácter potestativo de su ordenación se muestra en los arts. 4.1.a), párrafo 4º TRLPFP y 37.3.b) RPPF al admitir que varias empresas o entidades “podrán promover conjuntamente un plan de pensiones del sistema de empleo”. De esta forma, se desecha cualquier intento de imponer jurídicamente un plan de pensiones al grupo, en el caso de desear su constitución, ya que la finalidad de este precepto es únicamente reconocer el derecho del grupo como tal a instar la creación de este tipo de planes, lo que no deja de ser consustancial con la naturaleza contractual y voluntaria

⁷²⁵ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 302.

que se predica de estos instrumentos privados de previsión. Ahora bien, este primer principio general voluntario de constitución, que estaría sustentado también sobre la base del carácter unitario y a la vez plural predicable del grupo, se conectaría adecuadamente con una de las características del Derecho de los grupos, como es la de la flexibilidad normativa necesaria para su adaptación al entorno económico cambiante, pero no tanto con la función de tutela de los intereses de los trabajadores, que también resulta aplicable al mismo. Así, habría que llamar la atención acerca de cómo la existencia de un grupo en el que cada una de las empresas pertenecientes al mismo posea un plan de pensiones propio plantea no pocos inconvenientes a la hora de valorar correctamente la incidencia que pueden tener los procesos de movilidad tan frecuentes en esta modalidad de organización empresarial⁷²⁶. Si cada una de las entidades que forman parte de un grupo empresarial decide crear o mantener su propio plan de pensiones habría que establecer algún tipo de medida de coordinación entre las empresas integrantes del grupo al objeto de conseguir una cierta homogeneidad en los sistemas protectores individualmente instaurados⁷²⁷.

Sentado este principio de voluntariedad en la constitución de planes de grupo, es el momento de analizar el conjunto de requisitos o condiciones establecidos normativamente al objeto de que las empresas integradas en el grupo puedan participar en el acuerdo de previsión adoptado. Y así, cabe señalar que con anterioridad a la aprobación del actualmente en vigor RPPF la constitución de un plan de pensiones de grupo requería de la concurrencia de todas las empresas, es decir, debían integrarse en el mismo todos los compromisos por pensiones de todas las empresas del grupo (art. 74.5. RD 1307/1988). Es lo que se vino a denominar acertadamente como principio de unicidad⁷²⁸ en la instrumentación de los compromisos por pensiones en el seno del grupo de empresas. Por tanto, estábamos ante un requisito constitutivo de máxima importancia ya que se erigía en una condición jurídica de validez impuesta a este tipo de planes. Sin embargo, y dado que existía la posibilidad de que a la fecha de formalización del plan de pensiones de grupo hubieran empresas del grupo que fuesen promotoras de otros planes de pensiones del sistema de empleo ya creados, el legislador permitió que estas empresas pudieran seguir manteniendo los compromisos por pensiones asumidos con anterioridad e instrumentados a

⁷²⁶ El que cada empresa pueda tener individualmente un plan propio con sus respectivos trabajadores “puede parecer algo natural, pero, bien pensado, no lo es; y es que, en realidad, sigue primando la realidad empresarial como norma general, lo que supone una rémora importante para la consecución de una homogeneidad básica en el seno de los grupos de empresas” (SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 290).

⁷²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Granada, Comares, 2004, p. 17.

⁷²⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 283.

través de un plan de pensiones y, por tanto, que no se integraran en el plan de grupo (art. 75.3 RD 1307/1988)⁷²⁹. Tampoco se precisaba la participación en el plan de las entidades aseguradoras, de crédito y sociedades y agencias de valores del grupo, que hubieran optado por el mantenimiento en fondos internos (art. 74.3. RD 1307/1988).

Sin embargo, del tenor literal del art. 37.3.b) RPPF parece desdibujarse en la actualidad el principio de integración obligatoria en un único plan de los compromisos por pensiones de todas las empresas del grupo. Nótese que de acuerdo con el derogado art. 74.2. RD 1307/1988 la decisión de constituir un plan exigía de la concurrencia de todas las sociedades mercantiles, que a la fecha de formalización del plan formaran parte del grupo y que reunieran los requisitos previstos por el propio precepto⁷³⁰. Pese a permitir la no incorporación de ciertas entidades del grupo o incluso prever la participación facultativa de otras entidades (art. 74.3, párrafo 3º RD 1307/1988), lo que dotaba de cierta flexibilidad al plan, se hacía prevalecer, pese a todo, una solución unificadora por vía del art. 74.5 RD 1307/1988. Sin embargo, la nueva solución reglamentaria no hace mención al principio de unicidad del plan de grupo, ya que no se alude a una eventual participación obligatoria en un único plan, por lo que nada impediría la coexistencia de dos o más planes en el seno del grupo, dado que el nuevo art. 37.3.b), párrafo 2º RPPF permite que “algunas de las empresas del grupo” puedan promover conjuntamente un plan de pensiones del sistema de empleo. Estamos, por tanto, ante uno de los rasgos de mayor flexibilidad en lo que al Derecho de los grupos en materia de planes de pensiones del sistema de empleo se refiere, ya que no va a ser necesario que opere el grupo bajo un único plan puesto que el citado precepto es meridianamente claro al señalar que “todas o algunas de las empresas de un mismo grupo podrán promover conjuntamente un plan”. Es en este apartado donde se muestra con especial virulencia la opción preferente del

⁷²⁹ Este supuesto de excepcionalidad se puede encontrar en algunos de los reglamentos de planes de pensiones en los que, como en el caso del Grupo Hidrocarbónico, se concretan las entidades y empresas del Grupo que ya son promotoras de sus propios planes de pensiones de empleo y que han decidido no integrar sus compromisos por pensiones en el plan de grupo. Así, en el supuesto citado, se mantienen al margen: Gas de Asturias, Gestión Confort, Saltos del Navia e Hidrocarbónico Energía. En estos casos, lo normal será que no se ofrezca una relación detallada de las entidades que no se han incorporado al plan de pensiones de grupo por haber formalizado planes con anterioridad, al contrario lo que predomina es una simple especificación del conjunto de aquellas que sí forman parte del plan y que actúan como promotoras. Así, las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002) contempla un anexo con el conjunto de las entidades promotoras que se integran en el citado plan. En idéntico sentido, en el *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002); *Reglamento del Plan de Pensiones del Grupo Estrella*; *Reglamento del Plan de Pensiones “Grupo Seguros Bilbao Empleados”* (13 Diciembre 1999) o del *Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A.*

⁷³⁰ En concreto, que se tratara de sociedades mercantiles constituidas conforme a la legislación española y con domicilio social en territorio nacional, así como que tuvieran compromisos por pensiones con su personal activo para la contingencia de jubilación susceptibles de ser integrados en un plan de pensiones [art. 74.2. letras a) y b) RD 1307/1988].

legislador por favorecer un Derecho de los grupos enormemente moldeable minimizando las condiciones obligatorias para promover un plan de este tipo. De esta forma, en el seno del grupo podrán convivir dos o más planes que agrupen a diferentes empresas integrantes de la estructura de grupo y que contengan sistemas de previsión propios, en el mejor de los casos con condiciones de aportación y prestaciones similares, pero en el peor de los escenarios con unas especificaciones totalmente distintas. Con esta previsión flexibilizadora se realza sin lugar a dudas la racionalidad económica de los planes de grupo, potenciando la organización de planes conjuntos que mejor se adapten a la organización y necesidades de las empresas afines, pero se desprecian los perjuicios que se puedan ocasionar a los trabajadores –partícipes- en los supuestos de movilidad interna entre empresas del grupo⁷³¹.

De todo lo expuesto hasta aquí se deduce una consecuencia importante con respecto a la participación en el plan del sistema de empleo de las entidades integrantes de un grupo. Y es que una vez desaparecido el principio de integración obligatoria en el plan para aquellas entidades del grupo que reunieran la doble condición de ser sociedades mercantiles conforme a la legislación española y con domicilio social en este territorio [art. 74.2.a) RD 1307/1988] y, además, tener asumidos con su personal activo compromisos por pensiones para la contingencia de jubilación susceptibles de ser integrados en el plan [art. 74.2.b) RD 1307/1988] no hay en el ordenamiento jurídico actual de los planes ningún tipo de condición obligatoria para promover y participar en un plan de grupo, a salvo la que tenga su origen en un acuerdo de la negociación colectiva de eficacia general. Hay que recordar que esta participación potestativa se reservaba con anterioridad a aquellas entidades, no necesariamente sociedades mercantiles, que formaran parte de la unidad de decisión y a las comunidades de bienes constituidas por empresas del grupo (art. 74.3, párrafo 3º RD 1307/1988). También se dejaba fuera de esa obligada concurrencia en el plan a las empresas extranjeras con agencias, sucursales o establecimientos en territorio español que formen parte del grupo (art. 74.3, párrafo 2º RD 1307/1988). Pues bien, en la actualidad no sólo se elimina la participación preceptiva de determinadas entidades, sino que además se reproducen las excepciones previamente comentadas, esto es, la participación facultativa tanto de otras entidades y comunidades de bienes vinculadas al grupo como de las empresas extranjeras con agencias, sucursales o establecimientos en territorio español [art. 37.2.b), párrafo 2º RPPF], de modo que la promoción de un plan de grupo se flexibiliza de tal forma que las entidades que deban concurrir en su constitución estará en función de lo que acuerden los sujetos participantes.

⁷³¹ Vid. ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 77.

Este carácter abierto atribuible a la promoción de los planes de grupo de empresas, no ha impedido que el desarrollo reglamentario introduzca algún tipo de matiz en la configuración funcional de aquéllos. En concreto, se incorpora, en primer término, una novedad formal con respecto a las entidades que pueden promocionar este tipo de planes. Y, en segundo lugar, se vuelve a insistir, al igual que la regulación anterior, en no tener en cuenta a aquellas empresas situadas en el extranjero y que forman parte de grupos multinacionales. Así, con respecto a la primera cuestión, el RFPF ha querido esta vez, a diferencia de lo que ocurría con la legislación precedente, hacer una mención expresa a los organismos y entidades que formen parte de las Administraciones Públicas como posibles promotoras de un plan de grupo. El art. 37.3.b), párrafo 3º ha querido incorporar de forma específica a las entidades de carácter público pertenecientes a un mismo grupo en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo en su modalidad conjunta. Se trata de una previsión que está íntimamente relacionada con el esfuerzo del legislador por potenciar los sistemas privados de pensiones en el sector público. Sin embargo, sigue constatándose la imposibilidad de que los grupos de empresas que se ordenan en base a empresas de distintas nacionalidades puedan articular adecuadamente planes de grupo ya que nuestra legislación no contempla la participación facultativa de empresas situadas fuera del territorio nacional⁷³².

De otro lado, la flexibilidad que preside el Derecho de los grupos en esta materia no sólo se encuentra presente en el momento inicial de constitución del plan de grupo, a través del amplio espacio de libertad que se otorga a los sujetos integrantes del grupo, también esta ordenación flexible de los planes de grupo se halla presente en su evolución como sistema de previsión. Y así, hay que advertir que los grupos de empresas se caracterizan por su especial dinamismo, es decir, desde el punto de vista económico se configuran como un mecanismo flexible de estructuración y reestructuración organizativa de la empresa⁷³³ adaptable a los constantes cambios en las necesidades de mercado⁷³⁴. Por ello, y a través del fenómeno de la descentralización productiva, el grupo empresarial puede incorporar con el tiempo nuevas entidades que deseen participar del plan de pensiones constituido. Precisamente, el art. 37.2 RFPF prevé esta circunstancia en la que, una vez formalizado el plan de pensiones del grupo, puedan incorporarse con posterioridad nuevas empresas o entidades que pasen a formar parte del mismo. De este modo, las especificaciones de

⁷³² De ahí que se haya exigido un cambio normativo en favor de la eliminación de de las exigencias de territorialidad de las normas nacionales (LÓPEZ CUMBRE, L.: “Concentración empresarial...”, *op. cit.*, p. 49).

⁷³³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico-laboral...*, *op. cit.*, p. 19.

⁷³⁴ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Concentración empresarial...”, *op. cit.*, p. 7.

los planes de pensiones pueden prever la participación facultativa de otras entidades de cualquier tipo que formen parte de la unidad de decisión y comunidades de bienes constituidas por empresas de grupo. E, incluso, se puede aplicar este supuesto de integración extemporáneo a aquellas empresas que, siendo facultativa su participación, no se hubieran adherido con anterioridad. Así, los reglamentos de planes de pensiones de grupo consultados reproducen esta facultad de incorporación de nuevos promotores exigiendo como requisito previo, en consonancia con el art. 40.c), párrafo 2º RPPF, la aprobación de la comisión promotora o de control. En algunos casos, se concreta el tipo de acuerdo que se debe alcanzar en el seno de la comisión de control⁷³⁵, y en otros no existe referencia alguna a la necesidad de que la decisión de incorporación de nuevas entidades o empresas que pasan a formar parte del grupo deba someterse a dicho órgano de supervisión⁷³⁶. Un supuesto específico es el representado por el reglamento del plan de pensiones de Unión Fenosa (29 Julio 2002), ya que el art. 33.1. de sus especificaciones exige, además de un acuerdo de dos tercios de los miembros totales de la comisión de control, otro en el seno de la negociación colectiva.

La flexibilidad de los grupos se pone de manifiesto no sólo en la incorporación de nuevas empresas, de manera que le permita a este modelo de organización empresarial atender nuevas necesidades del mercado, sino también en la frecuente salida de unidades económicas, las cuáles pueden no estar obteniendo la rentabilidad esperada. En estos casos, la normativa reguladora de planes y fondos de pensiones preveía la posibilidad de que se mantuvieran intactos los compromisos por pensiones de las empresas que con posterioridad a su incorporación al plan de pensiones dejaran de pertenecer al grupo. Se trataba, en definitiva, de salvaguardar los derechos adquiridos por los partícipes en la medida en que la separación de algunas de las entidades del grupo podía resultar perjudicial a sus intereses. Precisamente, era el art. 74.3. del ya derogado RD 1307/1988 el que admitía tal posibilidad, siempre que por acuerdo de la comisión de control o en función de disposición contraria contenida en las especificaciones del plan no se impidiera el citado supuesto de la permanencia extraordinaria de los promotores que dejen de pertenecer al grupo. En fin, se trata de una solución que no se reconoce expresamente en el articulado del nuevo RPPF, dado que tan sólo se hace referencia al supuesto de separación de entidades promotoras de los planes de empleo de grupo a efectos de integrar sus compromisos con sus partícipes y beneficiarios en otro plan

⁷³⁵ Para el art. 38.3. del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Grupo Hidrocantábrico* (Diciembre 2002) la incorporación al plan de nuevas empresas que pasan a formar parte del grupo requerirá del acuerdo entre la mayoría de los representantes de los partícipes y beneficiarios y los de la entidad promotora presentes en la comisión de control.

⁷³⁶ Así se indica en los arts. 53 y 4.1 del *Plan de Pensiones "Grupo Seguros Bilbao Empleados"* (13 Diciembre 1999) y del *Reglamento del Plan de Pensiones del Grupo Estrella*, respectivamente.

(art. 43.1 RPPF), por lo que se trata de una cuestión abierta y susceptible de interpretación, pero que en todo caso pone en evidencia la falta de atención legal que ha merecido la tutela de los intereses de los trabajadores.

En fin, en este apartado en el que hemos tratado de abordar la figura de los grupos como entidades promotoras de planes profesionales únicamente se han subrayado aquellas cuestiones que hemos creído de interés al objeto de realizar una primera delimitación jurídica de este tipo de planes. Por ello, será a lo largo de este trabajo cuando se analizarán en profundidad éstos y otros aspectos. En todo caso, conviene realizar una primera reflexión con respecto a la ordenación jurídica de estos planes, y es que el desarrollo de este punto nos ha permitido comprobar como, al igual que ha ocurrido con otras cuestiones de la ordenación jurídica de estos mecanismos de previsión, el Derecho flexible de los grupos ha encontrado en esta materia un punto de apoyo más en su proceso de normalización jurídica. Ahora bien, siendo esto interesante y ciertamente necesario, especialmente por las ventajas indudables que el grupo presenta en el ámbito de la previsión social voluntaria destacándose como una forma de potenciar los planes de pensiones, no resulta del todo acertada la configuración jurídica que se realiza de él como instancia promotora de planes conjuntos o colectivos. En este sentido, se ha dado carácter preferente a la lógica flexibilizadora de los grupos con la idea de seguir favoreciendo una ordenación adaptable en función de las circunstancias económicas cambiantes sin atender adecuadamente el interés de previsión social o colectivo. La ruptura del principio de unicidad de los compromisos por pensiones de las empresas integrantes del grupo representa un salto más en favor de la eliminación de los aspectos supuestamente restrictivos de una eventual expansión de los sistemas de privados de pensiones. Importa poco, por tanto, que con la desaparición de este principio se pueda dar lugar a un trato desigual entre los trabajadores pertenecientes al grupo. Cabe pensar en la existencia de Planes de entidades del grupo con mejores condiciones y mejor dotados económicamente que otros, cuando no que haya empresas sin acuerdos de previsión. Se comparte aquí la opinión de quién ya apuntaba antes de la aprobación del RD 304/2004 la existencia de rasgos insolidarios en la configuración débil que ya se hacía de estos planes⁷³⁷.

B) El impulso a los planes de pensiones de promoción conjunta constituidos por pequeñas y medianas empresas

Como se ha tenido ocasión de comprobar, en el ordenamiento legal de los planes de pensiones existía una indiferencia jurídica con respecto a las eventuales formas de expresión de las entidades susceptibles de quedar

⁷³⁷ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 298.

encuadradas en el concepto de promotor de estos mecanismos de previsión. Esto era especialmente relevante en el caso de las pequeñas y medianas empresas dado que no existía previsión normativa alguna relativa a la dimensión de la empresa⁷³⁸. La ausencia de un tratamiento específico de las peculiaridades que ofrecen las pequeñas y medianas empresas como entidades promotoras de planes profesionales ha resultado, a la postre, decisivo en lo que a la expansión de los sistemas privados de pensiones en el marco empresarial se refiere. De hecho, ese fue el diagnóstico que se hizo en el Apartado XIII del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, ya citado, que vino a aconsejar el estudio de “la actual situación de los planes de pensiones de empleo, a fin de potenciar los mismos, favoreciendo su desarrollo e implantación, facilitando la incorporación de las PYMES y de los empresarios individuales, así como de sus trabajadores, a planes de empleo de promoción conjunta o, en su caso, propios”.

La situación, por tanto, en cuanto a la escasa presencia de los planes de pensiones del sistema de empleo en las empresas de reducida o mediana dimensión, aconsejaba cambios normativos que promovieran un mejor acceso de las PYMES a los planes, los cuáles tuvieron lugar con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1995 y más adelante con la Ley 24/2001. La dirección de estas reformas de claro impulso en favor de los planes constituidos por pequeñas y medianas empresas era doble: por un lado, se apostaba por que las empresas de reducida dimensión hicieran uso de los planes de pensiones de promoción conjunta por las ventajas indudables que los mismos representaban en términos de costes y de gestión y porque, al mismo tiempo, se favorecería una mejor articulación de la previsión social complementaria al potenciar una mayor homogeneidad de los sistemas protectores; por otro lado, se buscaba también una mejor coordinación de los planes de empleo con la negociación colectiva, especialmente la de carácter sectorial, lo que para las PYMES resultaba un apoyo legal indudable al promocionarse la articulación de planes de pensiones sectoriales. En suma, una eliminación de los aspectos que se presentaban como restrictivos en el acceso de las empresas de reducida o mediana dimensión a los planes de pensiones favorecería también una mayor generalización de la protección social voluntaria⁷³⁹.

⁷³⁸ La ausencia de un tratamiento jurídico-laboral en razón de las dimensiones de la empresa y/o centro de trabajo ha sido también una característica de nuestro ordenamiento laboral. Como se ha dicho, el “Derecho del Trabajo arranca habitualmente por tener como modelo típico referencial a la gran empresa, con olvido de la presencia de una rica experiencia de las relaciones laborales en las pequeñas empresas” (CRUZ VILLALÓN, J.: “Las relaciones laborales en la pequeña empresa: una aproximación a sus especialidades normativas” en VV. AA. (Cruz Villalón, J. y Fuentes Rodríguez, F. coords.): *Las relaciones laborales...*, op. cit., p. 9).

⁷³⁹ La incorporación de los planes en las PYMES como premisa fundamental para una mayor expansión de los sistemas privados de pensiones en su conjunto es un hecho incuestionable a la vista de los datos

En la actualidad, el marco regulador de la promoción por empresas de reducida o mediana dimensión de planes de pensiones del sistema de empleo en su modalidad conjunta se encuentra en la Sección 4ª del RPPF (arts. 37 y ss) que desarrolla la previsión contenida en el art. 4.1.a) TRLPFP en la que se reconoce expresamente la posibilidad de que varias empresas o entidades puedan promover conjuntamente un plan de pensiones de empleo (párrafo 4º) pudiéndose establecer reglamentariamente condiciones específicas cuando se constituyan por pequeñas y medianas empresas (párrafo 5º). En general, estamos ante una ordenación jurídica que es común a la de los planes constituidos por grupos de empresas o a la de aquellos otros en los que la incorporación de empresas y partícipes al plan de pensiones es fruto de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito supraempresarial. El tratamiento no diferenciado que en la actualidad ofrece la Sección 4º del RPPF⁷⁴⁰ de los planes de promoción conjunta contribuye a dotar de mayor unidad a este tipo de planes, de modo que las peculiaridades que se puedan dar en los distintas formas de articular estos mecanismos de previsión no dependen tanto del régimen jurídico que les resulta aplicable, que es común, sino de las características que cada una de las instancias promotoras ofrecen. Por tanto, el que se haga una mención expresa a esta forma particular de promoción conjunta, la que agrupe a varias empresas de tamaño reducido o medio, encuentra su justificación en el hecho de que las pequeñas y medianas empresas, especialmente las primeras, presentan unos rasgos diferenciales que tienen una indudable repercusión sobre los intereses en juego a la hora de establecer y aplicar las normas laborales, de seguridad social y, porque no, de previsión social voluntaria. La diversa entidad económica entre las grandes y pequeñas empresas; la actuación limitada en el territorio de éstas últimas, más estrechamente vinculadas a lo local; la adopción habitualmente de una estructura organizativa relativamente simple y su frecuente relación con la llamada empresa familiar son circunstancias que permiten una diferenciación entre grandes y pequeñas y medianas empresas que a su vez pueden tener una incidencia notable sobre las condiciones de trabajo y, por ende, sobre los instrumentos de previsión

siguientes. Así, en la Unión Europea existía, hasta el año 2000, un tejido productivo de unos veinte millones de empresas, sin contar el sector agrario, de las cuales el 93,2 por 100 cuenta con menos de nueve asalariados; el 5,8 por 100 de 10 a 49 trabajadores; sólo el 0,8 por 100 cuenta con 50-249 asalariados y el 0,2 por 100 se consideran grandes empresas. Ello implica que el 98,8 por 100 de las empresas europeas, excluidas las agrarias, según Eurostat, son definibles como pequeñas empresas. En el caso de España, las microempresas, entendidas éstas como aquellas que tienen menos de 10 trabajadores, representan un porcentaje del 93 por 100. *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 18 de junio de 2003 sobre el tema “El papel de las pequeñas empresas y las microempresas en la vida económica y en el tejido productivo europeo” (2003/C 220/12, DO 16 de septiembre).

⁷⁴⁰ Hay que recordar aquí que el RD 1589/1999 realizaba una distinción entre planes promovidos por un grupo empresarial (art. 74) y planes promovidos por empresas con menos de 250 trabajadores (art. 75). En ambos preceptos se efectuaba un desarrollo bastante exhaustivo de las características esenciales que ambas formas de promoción poseían.

adoptados⁷⁴¹. Por otro lado, el hecho de señalar de forma expresa un concreto campo de aplicación de estos planes de promoción conjunta como pueda ser el que afecte a un grupo de pequeñas y medianas empresas sin necesidad, además, de que guarden algún tipo de afinidad –económica, comercial, pertenencia a un mismo sector, etc.- permite separar este tipo de planes de aquellos otros que tienen su origen en un ámbito de carácter sectorial. En suma, el legislador pretende con los planes de PYMES crear de forma expresa una especie más en el género de los planes de promoción conjunta.

Una vez establecido el marco de referencia de este tipo de planes conviene señalar en este momento los aspectos más importantes de su régimen jurídico. Y así, lo primero que hay que destacar es el criterio establecido legalmente de que estemos ante pequeñas y medianas empresas. En otros términos, la constitución de esta modalidad plural o colectiva de planes exige que se lleve a cabo por pequeñas y medianas empresas [art. 4.1.a), párrafo 5º TRLFP]. Ahora bien, lo que haya que entender por PYMES es una cuestión que el TRLFP deja en manos del desarrollo reglamentario oportuno. Y así es como de una remisión pasamos a otra dado que el art. 37.3.c) RFPF considerará que un plan de promoción conjunta es promovido por pequeñas y medianas empresas cuando estén comprendidas en la Recomendación 96/280/CE de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de las pequeñas y medianas empresas⁷⁴², o la que la sustituya en el futuro. Precisamente, la Recomendación a la que alude actualmente el RFPF ha sido objeto de modificación, en concreto por la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003⁷⁴³, que ha dejado inalterados los límites para el número de empleados pero ha variado algunos aspectos de la norma precedente. Actualmente, habrá que considerar como PYME (microempresas, pequeñas y medianas empresas) a aquellas empresas que ocupen a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no exceda de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no sobrepase los 43 millones de euros (art. 2.1 Recomendación 2003/361/CE de 6 de mayo). Por tanto, la condición para que una empresa sea reconocida como PYME es que respete los límites de efectivos, tal y como denomina a los empleados la Recomendación 2003/361/CE, y, o bien el umbral del balance general, o bien el del volumen de negocios. Sin embargo, a efectos del cálculo de los límites, hay que tener en cuenta que la norma comunitaria viene a distinguir tres tipos de empresas, según sean empresas autónomas, tengan participaciones que no impliquen posición de control (empresas asociadas), o estén vinculadas a otras empresas

⁷⁴¹ Sobre estos aspectos, ampliamente en CRUZ VILLALÓN, J.: “Las relaciones laborales en la pequeña...”, *op. cit.*, pp. 14-20.

⁷⁴² DOL núm. 107, 30 abril 1996.

⁷⁴³ DOL núm. 124, 20 mayo 2003.

(empresas vinculadas). Para una empresa autónoma, los datos financieros y los efectivos se basan únicamente en las cuentas de dicha empresa (art. 6.1). Con respecto a una empresa con empresas asociadas, se acumulan los datos de la empresa con los de las empresas asociadas (art. 6.2). Y, finalmente, para una empresa vinculada a otras empresas, se añade a los datos de la empresa el 100 por 100 de los datos de las empresas a las que está vinculada (art. 6.3). La consideración de empresas autónomas se sustenta sobre un criterio ya manejado por la Recomendación 96/280/CE como es el grado de participación⁷⁴⁴. De modo que, de forma general y salvo excepciones que la propia norma comunitaria menciona, se ostentará la categoría de empresa independiente o autónoma siempre que el 25 por 100 o más de su capital o de sus derechos de voto no pertenezca a otra empresa. Con esta clasificación se pretende reflejar mejor la realidad económica de las PYMES y sobre todo excluir de esta calificación a los grupos de empresas cuyo poder económico sea superior al de una verdadera PYME.

Visto este nuevo marco jurídico-general de aplicación al concepto de PYME, al cuál se remite el RFPF, lo primero que llama la atención es el fuerte contraste que se produce entre esta regulación y la precedente contenida en el art. 75 RD 1589/1999. Por lo pronto, el legislador anterior realizaba una referencia genérica a las empresas con menos de 250 trabajadores, las cuáles podían promover e instrumentar sus compromisos por pensiones a través de un plan de pensiones en su modalidad conjunta (art. 75.1), sin hacer alusión alguna a ningún otro tipo de requisito relativo a volumen de negocio, a balance general o al cumplimiento del criterio de independencia económica. El RD 1589/1999 centraba su atención en el límite cuantitativo de los trabajadores que poseía una empresa para su consideración como PYME a efectos de poder instar la creación de un plan de pensiones junto con otras empresas que cumplieran con esta condición. Por contra, la remisión que de forma general realiza el RFPF a la norma comunitaria en vigor encargada de definir la categoría de PYME, actualmente la Recomendación 2003/361/CE, supone someterse a un régimen jurídico que introduce otros criterios que van a resultar ineludibles para las empresas que quieran promover planes de pensiones en su modalidad conjunta, lo que en cierto modo puede limitar la constitución de este tipo de planes⁷⁴⁵.

Asimismo, otro de los aspectos a tener en cuenta y donde también cabe constatar importantes diferencias con la regulación anterior es el relativo al modo de cálculo de los efectivos, según la denominación de la Recomendación 2003/361/CE. Y así, el último párrafo del art. 75.1 RD

⁷⁴⁴ Arts. 1.1 y 1.3

⁷⁴⁵ ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 77.

1589/1999 consideraba que había que computar como trabajadores a todas las personas vinculadas por relación laboral con la empresa en el momento de la formalización del plan o de su incorporación al mismo, independientemente de que finalmente se adhieran o pretendan acceder al plan. Por su parte, el art. 5 de la Recomendación 2003/361/CE habla de efectivos, los cuáles corresponden al número de unidades de trabajo anual (UTA), es decir, al número de personas que trabajan en la empresa en cuestión o por cuenta de dicha empresa a tiempo completo durante todo el año de que se trate⁷⁴⁶. Con respecto al cómputo del trabajo de las personas que no prestan servicios todo el año, o que lo hacen a tiempo parcial, independientemente de la duración de su trabajo, o con carácter estacional, se cuenta como fracciones de UTA. Además en los efectivos se debe contabilizar a las categorías siguientes: a) asalariados; b) personas que trabajan para la empresa, que tengan con ella un vínculo de subordinación y estén asimilados a asalariados con arreglo al Derecho nacional; c) propietarios que dirigen la empresa; d) socios que ejerzan una actividad regular en la empresa y disfruten de ventajas financieras por parte de la empresa. Finalmente, no se contabilizan dentro de los efectivos ni los aprendices o alumnos de formación profesional con contrato de aprendizaje o formación profesional ni se tiene en cuenta a efectos de este cálculo la duración de los permisos de maternidad o de los permisos parentales. Como se puede comprobar, la norma comunitaria resulta más restrictiva al considerar como efectivos únicamente al personal que desempeñe su labor en la empresa a lo largo del año y a tiempo completo, sin perjuicio de considerar como fracción a aquellos otros que lo hagan a tiempo parcial o en determinadas épocas del año, incluso descarta la contabilización de determinados períodos a efectos del cálculo de las unidades de trabajo anual a considerar. Al contrario, el RD 1589/1999 computaba a todas las personas vinculadas por relación laboral con la empresa, con independencia de la modalidad contractual o de jornada del trabajador. Sin embargo, en otro punto, la Recomendación 2003/361/CE amplía la noción de efectivos a tener en cuenta dado que no sólo considera como tales a los asalariados sino también, como se ha señalado, a los propietarios y socios que desempeñen su actividad en la empresa.

Realmente, la categoría de pequeña y mediana empresa a efectos de la promoción conjunta de planes del sistema de empleo ha resultado ser ciertamente problemática. Por un lado, porque el límite cuantitativo de los 250 trabajadores introducido por primera vez por la disp. adic. 11ª Ley 30/1995 que daba una nueva redacción a la letra a) del art. 4.1 de la anterior LPPF provocó el enfrentamiento entre aquellos que consideraban

⁷⁴⁶ El período de referencia para el cálculo de los efectivos y los importes financieros “son los correspondientes al último ejercicio contable cerrado, y se calculan sobre una base anual” (art. 4.1 Recomendación 2003/361/CE).

inadecuado este límite puesto que impedía el desarrollo de planes de promoción conjunta ligados a la negociación colectiva sectorial al excluir a aquellas empresas que superaran ese número de trabajadores⁷⁴⁷ frente a aquellos otros que postulaban la pertinencia del citado umbral en base a la necesidad de diferenciar los Planes de PYMES de los Planes de empresas de grupo ya que no de existir el límite de los 250 trabajadores los primeros estarían disponibles para las empresas de un mismo grupo⁷⁴⁸. A decir verdad, este debate puede estar resuelto en la actualidad ya que se ha predispuesto expresamente una vía para el desarrollo de los planes de carácter sectorial, como es la que establece el art. 4.1.a) párrafo 5º TRLFPF, lo que en cierto modo no debería impedir el mantenimiento del límite cuantitativo a efectos de la promoción de planes de PYMES. Ambas formas de articulación colectiva de planes de pensiones resultan compatibles y complementarias a pesar de que, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, la opción de los acuerdos de previsión que tengan su origen en la negociación colectiva supraempresarial puede resultar más adecuada.

En todo caso, y una vez superadas estas posturas encontradas en base al reconocimiento de los planes vinculados generalmente a la negociación colectiva, conviene llamar la atención acerca de la posible interacción que se puede producir entre los planes de grupo de empresas y de PYMES, una vez eliminado el principio obligatorio de la existencia de un plan único por grupo de empresas [art. 37.3.b), párrafo 2º RFPF]. En efecto, el hecho de que algunas de las empresas de la estructura de grupo formalicen conjuntamente un plan de pensiones del sistema de empleo puede llevar a que el resto de las entidades integradas en el mismo se decidan o bien a instar la creación de un plan propio o bien acuerden conjuntamente la promoción de un plan para pequeñas y medianas empresas, siempre, claro está, que cumplan con las exigencias contempladas en la Recomendación 2003/361/CE. Estaríamos, por tanto, ante un supuesto que puede resultar frecuente y que consiste en que las sociedades más fuertes del grupo se decanten en favor de constituir su propio plan colectivo frente al resto de sociedades o empresas de menor dimensión, las cuáles deberán optar por las dos posibilidades mencionadas⁷⁴⁹. De hecho, la referencia que el art. 3.3

⁷⁴⁷ CC.OO.: *La exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios. Guía jurídica y para la negociación colectiva*, Madrid, Área de Planes y Fondos de Pensiones, Secretaría de Acción Sindical, Confederación Sindical de CC. OO., 2000, p. 76. De hecho, la referencia genérica que el TRLFPF hizo a “las pequeñas y medianas empresas”, sin mencionar expresamente límite cuantitativo alguno, generó importantes expectativas entre la doctrina ya que parecía que se estaba ampliando el espectro de empresas que podían utilizar la modalidad del plan de promoción conjunta (ROMERO BURILLO, A. M.ª: “El nuevo régimen jurídico...”, *op. cit.*, pp. 28-29).

⁷⁴⁸ *Memoria Justificativa del RD 1589/1999, por el que se modifica el RFPF*, Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, p. 86.

⁷⁴⁹ Esta situación ya fue apuntada con ocasión de la interpretación del art. 74.3 RD 1589/1999 en el que se preveía la exclusión de las sociedades del grupo que a la fecha de la formalización del plan de promoción

realiza a las empresas vinculadas, entendidas éstas como aquellas que forman parte de un grupo, por el control directo o indirecto de la mayoría del capital o de los derechos de voto (incluso a través de acuerdos o, en algunos casos, mediante personas físicas accionistas), o por ejercer una capacidad de ejercer una influencia dominante sobre una empresa, permitiría pensar en la posibilidad apuntada de que en el seno del grupo pudieran coexistir uno o varios planes de grupo junto con uno o varios planes de PYMES. Para instar la creación de estos últimos tan sólo sería necesario que las empresas vinculadas que decidan promoverlo conjuntamente no sobrepasen los límites de efectivos y financieros indicados en el art. 2 de la Recomendación 2003/361/CE contabilizados conforme al art. 6 del mismo texto legal. De nuevo, hay que insistir en los inconvenientes que tendría esta diversificación de regímenes protectores en el seno de una estructura de grupo con el consiguiente riesgo de pérdida de homogeneidad en las condiciones de financiación y de prestaciones comprometidas.

Otro aspecto a destacar del régimen jurídico de los planes de PYMES es la necesidad de que concurran al menos dos empresas, las cuáles serán las encargadas de elaborar el proyecto inicial del plan [art. 40.b) RFPF]. Asimismo, conviene recordar que pese a la posible limitación del ámbito de aplicación del plan a las empresas promotoras que concurran en el momento de su formalización, el art. 37.2 RFPF faculta a los planes a que prevean la posibilidad de incorporar nuevas empresas con posterioridad. Se reproduce aquí lo que ya el art. 75.1, párrafo 2º RD 1589/1999 había previsto al permitir la incorporación extemporánea de empresas de menos de 250 trabajadores, siempre que se autorizara por las especificaciones del plan, las cuáles podían limitar el número y las características de los posibles promotores. La incorporación de las nuevas empresas requerirá, en todo caso, la aprobación de la comisión promotora o de control del plan, si bien podrán delegar tal función en un miembro de éstas o en la entidad gestora [art. 40.c), párrafo 3º RFPF].

Finalmente, y aunque nos ocuparemos de esta cuestión en otro lugar más detenidamente, cabe hacer referencia a la fuente u origen de la promoción de estos planes conjuntos de varias empresas, de modo que habría que distinguir los que surgen del ámbito de la negociación colectiva del resto. Y así, respecto a estas dos vías de creación de un plan de estas

conjunta "...fuesen promotoras de otros Planes de Pensiones del sistema de empleo ya formalizados". Se decía entonces, que era probable que las sociedades más fuertes del grupo contaran con un plan de pensiones más a menudo y mejor dotado económicamente. De ahí que su falta de adhesión había de repercutir negativamente en la iniciativa conjunta, siquiera de forma indirecta, como consecuencia de la menor cantidad de recursos financieros disponibles; hecho éste que, además de su posible carácter discriminatorio, podía suponer un serio perjuicio a determinados trabajadores como consecuencia de los procesos de movilidad interna tan frecuentes entre las empresas del grupo (SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 294).

características se vino a defender la necesidad de que su promoción inicial, o la adhesión posterior de una empresa al mismo, fuera el resultado de un acuerdo de la negociación colectiva⁷⁵⁰. Sin embargo, aún cuando quepa reconocer que la autonomía colectiva deba jugar un papel fundamental en la implantación de este tipo de planes, cabe pensar que con el reconocimiento que el legislador realiza de los planes surgidos de la negociación colectiva supraempresarial como una tercera modalidad de promoción conjunta, está señalando un ámbito de actuación concreto a la hora de articular los planes de PYMES, que no es otro que el de los acuerdos obtenidos al margen de la autonomía colectiva negocial⁷⁵¹.

C) La articulación de planes de promoción conjunta en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito supraempresarial

El último de los criterios a los que alude el art. 37.2, párrafo 2º RPPF como forma de promoción de un plan colectivo es aquél que agrupa a varias empresas que tienen “asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito supraempresarial...”. Con ello se reproduce lo previsto en el art. 4.1.a), párrafo 5º TRLFPF y se atiende otra de las deficiencias detectadas tempranamente en el sistema legal de planes y fondos de pensiones como era la originaria ausencia de regulación de los planes de pensiones de carácter sectorial⁷⁵², lo que constrataba abiertamente con lo previsto en otros ordenamientos jurídicos europeos⁷⁵³. De este modo, la promoción en sentido estricto de este tipo de planes parte de la autonomía colectiva que es la encargada de adoptar el acuerdo de constitución del sistema privado de pensiones.

Sin perjuicio de que más adelante nos ocupemos de forma detenida de las fuentes de implantación de los planes de pensiones del sistema de empleo, conviene llamar la atención en este momento de tres aspectos fundamentales de esta modalidad de promoción conjunta. El primero de ellos hace referencia a una cuestión que fue ya destacada en otro lugar,

⁷⁵⁰ Esta fue la postura defendida por el CES en su dictamen núm. 7/1999 (*Dictámenes 1999, op. cit.*, p. 103).

⁷⁵¹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 304.

⁷⁵² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁵³ Desde el carácter interprofesional de los regímenes de jubilación obligatorios que complementan el régimen general de los trabajadores en Francia (arts. L. 922-1 y ss. Code de la Sécurité Sociale), pasando por los fondos de pensiones de sector en los Países Bajos (*bedrijfspensioenfonds* o BFP), también en este caso de participación obligatoria y objeto de regulación por la Ley de 17 de marzo de 1949 (*Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds*); hasta los fondos sectoriales en Italia, de gran importancia en la industria química y mecánica. *Vid.* un análisis de éstos y otros fondos de pensiones o mecanismos de previsión complementarios en los diferentes ordenamientos nacionales europeos en VIANELLO, R.: “I fondi pensione nelle esperienze nazionali europee”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, pp. 134- 195.

como es el reforzamiento que la negociación colectiva adquiere a partir sobre todo de la Ley 24/2001 con la potenciación de los planes de promoción conjunta que tienen su origen en la autonomía negocial de carácter sectorial o supraempresarial. Ya se puso de manifiesto como las reformas introducidas por aquella norma van a suponer un considerable incremento de los vínculos entre la negociación colectiva y los instrumentos de previsión social complementaria, muy especialmente en lo que se refiere a los planes profesionales, favoreciendo la conexión entre la fuente de definición de derechos en esta materia, la negociación colectiva, y el instrumento de desarrollo de esos derechos, el plan de pensiones⁷⁵⁴. Precisamente, una de las manifestaciones de este reconocimiento que el TRLPFP realiza del principio de autonomía colectiva negocial es el de convertir a la negociación colectiva en uno de los mecanismos más adecuados para la constitución de planes de pensiones, especialmente para los que tengan carácter sectorial o supraempresarial. Por tanto, la previsión contenida en los arts. 4.1.a), párrafo 5º TRLPFP y 37.2, párrafo 2º RFPF contribuye a que la negociación colectiva se imponga en la práctica como fuente principal de implantación de los planes del sistema de empleo.

El segundo de los aspectos a resaltar tiene que ver con el ámbito de aplicación sobre el que se proyectaría el acuerdo de negociación colectiva de carácter supraempresarial en el que se establecen los compromisos por pensiones. Y así, con independencia de su desarrollo posterior y a salvo la libertad de las partes de conformidad con el art. 83.1 ET, cabe apuntar *hic et nunc* que lo más habitual será la constitución de planes de pensiones que tengan su origen en un convenio colectivo de carácter sectorial. Esta posibilidad ya fue sugerida con ocasión de la interpretación del art. 75 RD 1589/1999 en relación a los planes de pensiones promovidos conjuntamente por empresas con menos de 250 trabajadores. Se consideraba en ese momento que tanto la promoción inicial del sistema privado de pensiones como la adhesión posterior de una empresa al mismo, debía ser el resultado de un acuerdo de negociación colectiva, entendiendo, asimismo, que la correcta configuración de estos planes agrupados debía ser la de planes sectoriales⁷⁵⁵. Reconocida hoy expresamente la vía de la autonomía colectiva como fuente de implantación de planes de pensiones de promoción conjunta tan sólo cabe determinar el ámbito objetivo predominante, que con toda probabilidad debe ser el de la contratación colectiva sectorial de las relaciones de trabajo. Cabe pensar en tres aspectos que pueden sugerir la mayor utilización de este instrumento convencional. Por un lado, hay que recordar que es muy frecuente que los convenios colectivos sectoriales asuman compromisos por pensiones, otra cosa es que

⁷⁵⁴ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la...”, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁵⁵ Esta fue la posición mantenida por el CES en el reiterado Dictamen núm. 7/1999 (*Dictámenes 1999*, *op. cit.*, p. 103).

su instrumentación se lleve a cabo a través de planes de pensiones⁷⁵⁶. Por otro lado, hay que apuntar la potencialidad que las fórmulas sectoriales ofrecen como medio de generalización de la previsión social complementaria entre las pequeñas y medianas empresas. Es de sobras conocido que gran parte de las PYMES españolas se rigen por convenios sectoriales, estatales o provinciales y en menor medida autonómicos, lo que puede hacernos una idea de la importancia que ofrece la contratación colectiva sectorial como instrumento de potenciación de los planes de pensiones en el ámbito de las empresas de reducida o mediana dimensión. Por último, otro de los aspectos que podrían favorecer la articulación de planes de promoción conjunta desde la negociación colectiva de carácter sectorial es el relativo a la obligada exteriorización de los denominados premios de jubilación, muy presentes, por otra parte, en los convenios sectoriales. Y así, aún cuando se llevará a cabo un tratamiento pormenorizado de aquella figura, conviene llamar la atención de los mismos en este momento a partir de la regulación que éstos han merecido en la disp. adic. 15ª de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁷⁵⁷, al establecer el régimen transitorio de acomodación de determinados compromisos por pensiones, ampliándose el plazo hasta el 31 de diciembre de 2004⁷⁵⁸ para la integración en planes de pensiones de empleo de promoción conjunta de aquellos compromisos, establecidos en convenio colectivo de ámbito supraempresarial, vinculados a la permanencia del trabajador en la empresa o sector hasta la jubilación que, bajo de la denominación de premios de jubilación u otras, consistan en una prestación pagadera por una sola vez en el momento del cese por jubilación. En suma, la consideración de dichos premios como compromisos por pensiones debe dar entrada a los sistemas de previsión privados, entre ellos a los planes de pensiones⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ Según un estudio realizado por la central sindical CCOO, el 86 por 100 del total de los convenios sectoriales existentes en España que incluyen compromisos por pensiones (648.679 empresas) se concentran en convenios colectivos de ámbito sectorial y afectan a 4,26 millones de trabajadores. En la actualidad la instrumentación de los compromisos por pensiones en general se hace de forma exclusiva a través de un seguro colectivo, en gran medida porque se sigue considerando un mecanismo cuya gestión resulta más flexible en este ámbito (SUÁREZ CORUJO, B.: “Planes de pensiones del sistema de empleo y convenios colectivos: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2005, p. 400).

⁷⁵⁷ BOE 23 noviembre 2002.

⁷⁵⁸ Luego ampliado hasta el 31 de diciembre de 2005 por la Ley 4/2004, de 29 de diciembre, de modificación de tasas y de beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público (BOE 30 diciembre 2004) y vuelto a ampliar, con posterioridad, hasta el 31 de diciembre de 2006 por el Real Decreto Ley 16/2005, de 30 de diciembre (BOE 31 diciembre 2005), introduciendo, a su vez, una serie de especialidades.

⁷⁵⁹ Como advierte BRAVO FERNÁNDEZ, “estos premios, debido a su escasa cuantía –entre 2 y 3 mensualidades de media, a percibir en el momento de la jubilación-, no constituyen una alternativa real de previsión social complementaria, pero sí son una vía de entrada para generar el instrumento de plan de pensiones de promoción conjunta, incorporando con ello a la negociación colectiva esta alternativa de retribución en especie, fuertemente incentivada desde el ordenamiento jurídico, para que los negociadores, determinasen, bien de manera estable, bien en cada momento, cuál es el nivel de

Finalmente, interesa ahora subrayar de forma breve un último aspecto del marco jurídico de los planes surgidos de un acuerdo de la negociación colectiva supraempresarial, sin perjuicio de que esta cuestión sea objeto de un tratamiento específico en otro lugar. Y así, se quiere dejar constancia de la previsión contenida en el art. 37.3.a) RPPF en la que ante un acuerdo de negociación colectiva supraempresarial que establezca la incorporación de las empresas y trabajadores a un plan de promoción conjunta de ese ámbito se faculta a cada una de las empresas afectadas por el mismo a eludir su incorporación, siempre que acuerde instar la creación de un plan propio. De nuevo hay que llamar la atención acerca de las excepciones que se introducen en el RPPF a la uniformidad de los sistemas privados de pensiones. Se impone aquí también una visión flexibilizadora en la construcción de los planes sectoriales, dado que aún cuando se reconozca la virtualidad de la negociación colectiva sectorial como mecanismo de afectación general, al obligar a todas las empresas incluidas en su ámbito de aplicación a promover un plan de pensiones para sus trabajadores, ya sea acogiéndose al de promoción conjunta, ya constituyendo uno propio, hubiera sido deseable incorporar un régimen tasado de situaciones excepcionales que puedan dar lugar al establecimiento individual de un plan de pensiones. El argumento en favor de esta vía de excepcionalidad reglada de carácter restrictivo descansa en la necesidad de favorecer sistemas protectores lo más homogéneos posibles, logrando una deseable uniformidad sectorial y evitando efectos indeseables como que el plan sectorial no agrupe a las empresas más representativas del sector al optar éstas, normalmente las más fuertes, por promover su propio plan de pensiones⁷⁶⁰.

2.4. La noción jurídica de empleado como fórmula omnicomprendiva de los partícipes de los planes profesionales

La caracterización de los partícipes de un plan de pensiones del sistema de empleo se deduce de lo previsto en los arts. 3.1.b) y 4.1.a) TRLPFP. El primero de los preceptos mencionados define de manera general a los partícipes de un plan de pensiones, esto es, sin ninguna referencia a las distintas modalidades existentes. Sin embargo, el segundo de los preceptos se ocupa de modelar la noción de partícipe en función del ámbito en el que se formaliza dicho plan. Pese a que nuestro estudio se dedica a los planes de carácter profesional, ambos son necesarios para una

aportaciones empresariales y, en su caso, de los propios trabajadores, que hayan de realizarse” (“Modelo de desarrollo de la...”, *op. cit.*, p. 130).

⁷⁶⁰ SUÁREZ CORUJO, B.: “Planes de pensiones del sistema de empleo...”, *op. cit.*, p. 402.

correcta identificación del partícipe, puesto que de ambos se infieren elementos que son esenciales para una mejor comprensión de esta figura⁷⁶¹.

Y así, con respecto a la delimitación previa que de los partícipes realiza el ordenamiento legal, hay que partir de lo señalado por el art. 3.1.b) TRLPFP, el cuál determina que tendrán la consideración de partícipes las personas físicas en cuyo se interés se crea el plan, con independencia de que realicen o no aportaciones. De esta definición cabe destacar dos aspectos importantes: por un lado, la necesidad de que el partícipe sea una persona física, de lo que se deduce que no cabría admitir en cualquiera de las modalidades de planes de pensiones a las personas jurídicas como eventuales partícipes de un plan y, por otro lado, que el partícipe ostentará tal condición pese a no a realizar aportaciones. Esta posibilidad admitida legalmente remite asimismo a otras dos consideraciones que deben ser remarcadas en estos momentos. En primer lugar, con esta caracterización del partícipe como sujeto integrante del plan, independientemente de que lleve a cabo aportaciones al mismo, se puede obtener como consecuencia el hecho de que para ostentar la condición de partícipe no resulta necesaria la realización de aportaciones. En otros términos, se puede ser partícipe de un plan sin estar obligado a realizar aportaciones directas, siempre y cuando, como es lógico, se haya previsto esta posibilidad en las especificaciones del mismo. Por tanto, con esta previsión legal se quiere dejar claro que la participación económica del partícipe en un plan, de no ser obligatoria porque así se haya previsto en su reglamento, no se erigirá en un requisito ineludible a efectos de su consideración como partícipe. En segundo lugar, la definición del partícipe contenida en el art. 3.1.b) TRLPFP hace referencia, además, a una concreta situación en la que el partícipe no pierde esta condición pese a que se haya producido el cese en la realización de aportaciones directas como imputadas, pero mantenga sus derechos consolidados en el plan. En estas circunstancias, el partícipe adquiere la condición de partícipe en suspenso y continua con la categoría de elemento personal del plan de pensiones (art. 35.2 RFPF).

Una vez estudiados estos dos aspectos característicos de los partícipes, el hecho de tener la consideración de persona física y el no resultar determinante para asumir aquella condición la realización de aportaciones directas, es el momento de analizar que requisitos impone el art. 4.1.a) TRLPFP con respecto a los partícipes de la modalidad de planes del sistema de empleo. Y así, el precepto mencionado subraya, en primer lugar, el carácter de empleados de los partícipes con respecto al promotor de un plan de estas características. En idénticos términos, el RFPF alude en un

⁷⁶¹ Hay que llamar la atención acerca de la distinta denominación por la que opta el ordenamiento jurídico italiano para referirse a los sujetos susceptibles de adherirse a un fondo de pensiones. En concreto, se refiere a éstos como destinatarios (art. 2.1 d.lgs. núm. 124/1993).

primer momento a los partícipes de un plan de empleo como empleados de la empresa promotora (art. 25.1). Por tanto, para el supuesto de los planes de pensiones del sistema de empleo, partícipes son los empleados de la entidad que promueve el plan, lo que significa que la condición de partícipe se ostenta por la especial relación que une al sujeto o sujetos con el promotor, es decir, lo que determina la existencia de un determinado tipo de plan, como es el caso del sistema de empleo, son los vínculos profesionales de los individuos con la empresa correspondiente.

Aún cuando más adelante tanto el TRLPFP como el RFPF llevarán a cabo una tarea de concreción y precisión de que supuestos específicos pueden quedar integrados en la expresión genérica de empleados, lo cierto es que el legislador ha querido utilizar esta noción como omnicomprendiva a los efectos de la norma delimitadora, abarcando con ella a una amplia gama de relaciones de trabajo⁷⁶². De hecho, antes de la aprobación del TRLPFP y en especial del actual RFPF, la legislación anterior descartó la posibilidad de establecer una definición de empleado⁷⁶³, pensando, en definitiva, que lo más apropiado era la utilización de un término flexible⁷⁶⁴. Este rechazo a una posible concreción de la noción de empleado se justificaba en atención al hecho de que si se optaba por tomar como referencia a la normativa laboral y, en concreto, los arts. 1.1 y 2 ET a efectos de determinar los sujetos que pueden considerarse como partícipes de un plan de pensiones del sistema de empleo se corría el peligro de excluir a un colectivo amplio de trabajadores, pero también podría llevar a incluir algunos supuestos que de acuerdo con el art. 2 ET podían quedar al margen del referido carácter de empleados⁷⁶⁵. Finalmente, se consideró como lo más apropiado no definir el concepto de empleado convirtiendo este término en una figura comodín, de modo que pudiera servir en la práctica para integrar vinculaciones de todo tipo⁷⁶⁶ y también para proceder

⁷⁶² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario del art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁶³ Se rechazó finalmente el párrafo 2º del art. 3.1.a) del Proyecto de Reglamento de Planes de Pensiones de 15 de diciembre de 1987 que consideraba como empleado a “cualquier persona física perceptora de rendimientos del trabajo en los términos previstos en el IRPP satisfechos por el promotor”.

⁷⁶⁴ El Consejo de Estado descartó la definición propuesta al considerar que era perjudicial para el régimen jurídico de los Planes de Pensiones previsto en la Ley 8/1987, puesto que las modificaciones que se operasen en la legislación fiscal traerían consigo alteraciones en el concepto propio de los Planes y Fondos de Pensiones por motivaciones ajenas a las exigencias específicas de éstos. *Cfr.* Informe núm. 51880/JR. Informe emitido por el consejo de Estado el 1 de julio de 1988 sobre el Proyecto de Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones de fecha de 15 de diciembre de 1987, pp. 18-19.

⁷⁶⁵ La solución de referenciar el concepto de empleados con respecto a la normativa laboral fue descartada ya que a juicio del Consejo de Estado, tal solución iba a restringir dicho concepto, excluyendo a toda regulación administrativa o estatutaria, así como la posible aplicación de los Planes de pensiones al amplio sector de los funcionarios públicos. Y, por otro lado, lo ensancharía impropriamente en cuanto algunos supuestos del art. 2 del Estatuto de los Trabajadores pudieran no tener el referido carácter (...). *Vid.* Informe núm. 51880/JR. Informe emitido por el consejo de Estado el 1 de julio de 1988 sobre el Proyecto de Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones de fecha de 15 de diciembre de 1987, p. 20.

⁷⁶⁶ La doctrina era unánime a la hora de considerar que el término amplio de “empleado”, utilizado para designar a los partícipes de un plan de pensiones del sistema de empleo, permitía pensar en vínculos

a su adaptación en función de los requerimientos socio-económicos del momento. Baste recordar aquí esa tendencia comentada ya para el supuesto de las entidades promotoras consistente en acentuar el carácter polisémico de las normas a partir de estos conceptos flexibles, porosos, o tópicos que caracterizan esa primera fase del modelo legal de los planes y fondos de pensiones.

En la actualidad se sigue haciendo del término empleado el referente obligado a la hora de establecer los contornos de la figura del partícipe. Con él se quiere indicar el vasto paisaje del diseño legal subjetivo de los planes de pensiones del sistema de empleo, de modo que con esta expresión, que no se ha eliminado, se quiere continuar designando a los partícipes de este tipo de planes. Se sigue pensando que con esta fórmula genérica que resultan ser los “empleados” se incide en la multiplicidad de manifestaciones de la realidad laboral, ya en el sector privado como en el público. Pero, aún siendo esto así, no es menos cierto que al igual que ha ocurrido con las entidades promotoras de un plan profesional la segunda etapa del modelo legal de los planes y fondos de pensiones se caracteriza por llevar a cabo un proceso de reinterpretación y precisión de los conceptos amplios y vagos con los que el legislador quiso inaugurar la andadura de estos instrumentos privados de previsión. Y esto es especialmente significativo en el caso de los partícipes dado que como vamos a poder comprobar a continuación de la noción amplia de empleados, que recordémoslo no necesitaba de definición legal alguna, pasamos a un proceso de precisión y concreción de ese concepto y también a una amplificación de la figura del partícipe.

Precisamente, los primeros intentos por desarrollar la noción de empleado tienen la finalidad de vincular ese concepto a la condición de trabajadores prevista en la normativa laboral. Esto resulta patente con la reforma del RPPF llevada a cabo por el RD 1589/1999. En esta norma se establecía una modalidad conjunta de plan de pensiones pensada para empresas de menos de 250 trabajadores y se especificaba que a los efectos del cómputo de ese límite cuantitativo debían tenerse en cuenta a las personas vinculadas por relación laboral con la empresa en el momento de la formalización del plan de pensiones o de su incorporación al mismo (art. 75.1, párrafo 3º). Pero la conexión entre los sujetos partícipes de un plan y la legislación laboral se hace más evidente con la aprobación del RD 1588/1999 en el que a los efectos de la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios se va a considerar personal activo “a toda persona física que

profesionales de naturaleza distinta, ya laboral, ya funcionarial o estatutaria. Vid., por todos, MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.: “Naturaleza y tipología...”, *op. cit.*, p. 63; MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 35 y MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 23.

voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta de la empresa en virtud de relación laboral comprendida en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, incluidas las relaciones laborales de carácter especial, siempre que dicha relación laboral esté sometida a la legislación española” (art. 6.1). Aún cuando esta definición tan sólo era aplicable al proceso de exteriorización se comprende la virtualidad de la misma a efectos de poder ir precisando el tipo de relaciones profesionales a incluir en el concepto de empleado, máxime cuando se hacía una referencia expresa al contenido del art. 1.1 ET y, por otra parte, también se aludía al art. 2 ET a través de la mención de las relaciones laborales de carácter especial. En suma, la característica esencial que deben poseer los partícipes para acceder a un plan del sistema de empleo como es el ser empleados de la entidad promotora va encontrando en esta primera fase un conjunto de aclaraciones en diferentes instrumentos normativos. Todos ellos toman a la normativa laboral como referente a la hora de concretar el ámbito subjetivo de aplicación de las medidas contenidas en los mismos.

Esta concreción del ámbito subjetivo de los planes de pensiones profesionales a partir de la normativa laboral se ha trasladado al actual TRLPFP y al RFPF. Así, resulta especialmente ilustrativo el art. 25.2 RFPF en el que se va a considerar como empleados “a los trabajadores por cuenta ajena o asalariados, en concreto, al personal vinculado al promotor por relación laboral, incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de la Seguridad Social aplicable (...)”. Como se puede comprobar si con la Ley 8/1987 se rechazaba la posibilidad de establecer unos límites precisos a la noción de empleado, ahora se opta por dar un contenido determinado a este concepto relacionándolo con la normativa laboral, en concreto, con los arts. 1.1 y 2 ET. De modo que la condición de partícipes se ostentará por ser trabajadores que voluntariamente prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario (art. 1.1 ET), comprendiendo asimismo las relaciones laborales de carácter especial (art. 2.1 ET). Precisamente, esta mención expresa a las relaciones laborales de carácter especial ya se produce con ocasión de la nueva redacción dada al art. 4.1.a) TRLPFP por el art. 32.2 de la Ley 24/2001 al considerar incluidos entre los empleados de la empresa promotora a efectos de su adhesión como partícipes al personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de la Seguridad Social aplicable. Como se ha podido comprobar, también se aludía a las relaciones laborales de carácter especial en el RD 1588/1999 a efectos de su consideración como personal activo en lo que al proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones se refiere. Aún así, el reconocimiento específico que el TRLPFP realiza de las relaciones laborales incluidas en el

art. 2 ET y que luego ha sido incorporado al RFPF (art. 25.2) como sujetos que pueden incorporarse a un plan profesional resulta especialmente significativo dado que permite despejar ciertas dudas que pudieran presentarse a la hora de articular un sistema privado de pensiones. En puridad, las relaciones laborales especiales siempre se han considerado incluidas⁷⁶⁷ en el término amplio de empleados a que hacía referencia la Ley 8/1987 en su art. 4.1.a), lo que ocurre es que esta mención expresa a este tipo de relaciones como potenciales partícipes resulta esclarecedora⁷⁶⁸, especialmente para el personal de alta dirección (art. 2.1 ET) ya que convencionalmente se podía defender su exclusión del sistema-Plan acudiendo al art. 16 del RD 1382/1985. Sin entrar ahora en esta y otras cuestiones que se abordarán más adelante, conviene descartar esta posibilidad en base a la rotundidad con la que se expresa el legislador en esta ocasión al establecer con suma claridad el derecho del personal de alta de dirección y del resto de los supuestos de relaciones laborales del art. 2 ET a participar en el programa de previsión adoptado por la autonomía colectiva negocial⁷⁶⁹.

Hasta aquí hemos comprobado como la concreción de los sujetos que pueden considerarse como partícipes de un plan de pensiones del sistema de empleo se lleva a cabo a partir de su remisión a la normativa laboral. En otros términos, el concepto de empleado ha pivotado sobre la consideración de trabajadores que nos proporciona la normativa laboral. Aún siendo esto así, no es menos cierto que paralelo a ese proceso específico de delimitación de la noción de empleado a partir de los arts. 1.1 y 2 ET también se han ido reconociendo expresamente como empleados y, por tanto, como potenciales partícipes a las relaciones funcionariales o estatutarias. Recordar que desde la aprobación de la Ley 8/1987 se ha venido afirmando la inclusión de este tipo de relaciones en el concepto amplio de empleados. Sin embargo, pese a este reconocimiento implícito, no había una mención expresa a las mismas, como tampoco a las de tipo laboral, por lo que de nuevo su incorporación, ahora al TRLFPF y al RFPF, viene a confirmar ese proceso de concreción que sufre la figura de partícipe

⁷⁶⁷ Su consideración como potenciales partícipes de un plan de pensiones del sistema de empleo ya fue apuntada por la doctrina. Así, MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 35 y REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 230.

⁷⁶⁸ VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los...*, *op. cit.*, p. 84.

⁷⁶⁹ En la doctrina italiana se ha discutido si entre el elenco de destinatarios de los fondos de pensiones a que se refiere el art. 2.1 d.lgs. n. 124/1993 pueden considerarse incluidos los trabajadores parasubordinados, encuadrables *ex art.* 409, n. 3, del *Codice di Procedura Civile*, lo que para un sector de aquélla ha sido interpretado de forma positiva. *Vid.* ZAMPINI, G.: “Destinatari e sistema...”, *op. cit.*, pp. 219-220 y PICCININNO, V.: “La previdenza complementare...”, *op. cit.*, p. 204. Para TURSI, sin embargo, el art. 3.1 d.lgs. n. 124/1993 parece excluir a aquéllos (“Riflessioni sulla nuova disciplina...”, *op. cit.*, p. 110).

a partir de dotar de un contenido más preciso al concepto de empleado. Por tanto, el vínculo profesional que caracteriza a un partícipe de un plan de pensiones del sistema de empleo no se podía deducir antes, ni mucho menos ahora, únicamente con referencia a la legislación laboral, sino que habrá que tener en cuenta relaciones de otro tipo, como es el caso de los funcionarios o del personal estatutario al servicio de las Administraciones Públicas. En la actualidad este reconocimiento se deduce con especial nitidez a partir de la facultad que el TRLPFP otorga al sector público para poder actuar como promotor de planes de pensiones del sistema de empleo y realizar aportaciones al mismo. Pero también de la rotundidad con la que se expresa el art. 25.2 RFPF al considerar como empleados “(...) al personal de las Administraciones y entes públicos promotores vinculado por relación de servicios dependiente regulada en normas estatutarias o administrativas”. Es más, de un modo un tanto reiterativo el párrafo 3º del art. 25.2 RFPF establece que “las referencias contenidas en este Reglamento a empleados, trabajadores o relación laboral se entenderán hechas, en su caso, al personal de las Administraciones y entes públicos, y a la relación de servicios correspondiente”.

Hasta aquí las medidas legislativas adoptadas, todas ellas incorporadas al TRLPFP, han servido para establecer unos límites más precisos a la figura del partícipe, pero en ningún caso han supuesto una extensión material de la misma. De las referencias implícitas a las relaciones laborales y de carácter administrativo y estatutario en un primer momento con la Ley 8/1987, se pasó después a una mención expresa de este tipo de vinculaciones profesionales con la Ley 24/2001, actualmente contenidas en el TRLPFP y en el RFPF. Sin embargo, sí caben mencionar dos decisiones que van a provocar una ampliación de los supuestos que pueden considerarse como partícipes de un plan del sistema de empleo. En concreto, nos referimos a dos medidas adoptadas con ocasión de la reforma efectuada por la Ley 24/2001 que incorporó dos modificaciones esenciales en el art. 4.1.a) TRLPFP. Y así, la primera de ellas va a consistir en reconocer la posibilidad de poder extender la condición de partícipe de un plan a los socios trabajadores y de trabajo en los planes de empleo promovidos en el ámbito de las sociedades cooperativas y laborales [art. 4.1.a), párrafo 2º TRLPFP]. Y, en segundo lugar, se va admitir que el empresario individual que emplee a trabajadores en virtud de relación laboral pueda figurar como partícipe en el plan de pensiones del sistema de empleo que promueva en interés de aquéllos [art. 4.1.a), párrafo 3º TRLPFP].

En primer término y antes de proceder al estudio de los preceptos mencionados, hay que llamar la atención del modo en que el legislador parece configurar estos dos nuevos supuestos de partícipes a incluir en el

ámbito personal de los planes de empleo. Así, de las expresiones “podrá extenderse” para los socios trabajadores o de trabajo, como de la de “podrá figurar” para el empresario individual que quiera asumir la condición de partícipe se infiere una consecuencia trascendental, a saber: con esta facultad reconocida legalmente se quiere indicar que se está ante dos casos que pueden resultar excepcionales frente a la regla general de incluir como partícipes a los empleados de la empresa promotora. En cierto modo, el legislador contempla, en primer lugar, un supuesto básico o común cuál es el de la adhesión o incorporación al plan de pensiones de los empleados, entendidos éstos conforme al art. 25.2 RPFPP. Y, en segundo lugar, junto a ese ámbito subjetivo general descrito, menciona a otros sujetos a los cuáles es posible reconocer la condición de partícipes de un plan profesional, en concreto, los socios empleados y el empresario individual. Es más, esa excepcionalidad se ve reforzada como consecuencia de las limitaciones a las que se ven sometidos éstos últimos a la hora de poder figurar como partícipes. Así, con respecto a los socios trabajadores y de trabajo, su integración en el plan adoptado por la cooperativa o por la sociedad laboral estará en función de lo que se haya previsto en las especificaciones del mismo (art. 25.3 RPFPP), con lo que cabe imaginar la constitución de sistemas privados de pensiones en el ámbito de las empresas de economía social que no contemplen la posibilidad de extender la condición de partícipe al socio empleado. Por otra parte, para el supuesto del empresario individual, se le imponen una serie de condiciones para poder figurar como partícipe ya que debe emplear a trabajadores en virtud de relación laboral para promover un plan profesional en interés de éstos (art. 25.1, párrafo 2º RPFPP), con lo que deberá realizar aportaciones por ellos en el citado plan.

En verdad, la justificación a la creación de estas dos vías cualificadas o excepcionales para la consideración como partícipes de estos dos supuestos radica en el alejamiento del socio empleado y del empresario individual o profesional del concepto paradigmático de empleado manejado por el TRLPFPP y el RPFPP. Como ya se ha comentado, la noción de empleado sirve de base a efectos de determinar los sujetos que pueden considerarse como partícipes de un plan del sistema de empleo y éste toma como referencia la legislación laboral, administrativa o estatutaria, de modo que si los partícipes de un plan son los empleados de la entidad que lo promueve, en principio tan sólo habrá que admitir como tales a aquellos que tengan vinculaciones laborales o funcionariales y estatutarias con el promotor. Por ello, hay que entender como excepcional la consideración como partícipes de aquellas situaciones que escapan a la concepción formal que se hace del partícipe como empleado. Ello resulta patente en el caso del empresario individual, el cuál queda fuera de la definición de empleado. Pero más dudoso resulta para las relaciones asociativas, donde para el caso de las cooperativas de trabajo asociado la legislación cooperativa afirma

expresamente que la relación de los socios trabajadores con esta modalidad de empresa de economía social es societaria⁷⁷⁰, pero para el supuesto de las sociedades laborales se admite con rotundidad la coexistencia de las figuras de trabajador y propietario⁷⁷¹. En cualquier caso, hay que considerar como acertada la posibilidad de que la condición de partícipes pueda extenderse tanto al empresario individual como a los socios trabajadores o de trabajo pese a que formalmente no se adecuen a la noción de empleados que sirve de base a efectos de determinar los sujetos partícipes de un plan.

Entrando en el análisis de cada uno de los supuestos, cabe decir que con respecto al hecho de que el empresario individual pueda integrarse como partícipe de un plan de pensiones hay que recordar que es el art. 4.1.a), párrafo 3º TRLFPF el que contempla esta posibilidad. En este precepto se viene a reconocer esta facultad –podrá figurar- aunque se exige que se de una condición fundamental para poder ejercitarla, y es que quién vaya a promover un plan de pensiones debe ser un empleador que cuente con personal vinculado a la empresa en virtud de una relación laboral [art. 4.1.a), párrafo 3º TRLFPF]. Este requisito se vuelve a reiterar en el párrafo 2º del art. 25.1 RFPF aunque en este caso aludiendo no sólo al empresario individual sino también al profesional independiente. Por tanto, ambos deben emplear a trabajadores en virtud de un contrato de trabajo para poder promover un plan de pensiones del sistema de empleo y así poder integrarse como partícipes. De hecho, se reitera a continuación que el promotor del plan deberá ser el propio empresario individual persona física que figure como empleador en el contrato laboral con los trabajadores partícipes (art. 25.1, párrafo 2º RFPF). En todo caso, conviene recordar lo comentado en otro lugar con respecto a la condición de tener a trabajadores empleados a efectos de la promoción de un plan de estas características, y es que se trata de un requisito de poca trascendencia práctica ya que difícilmente cabe hablar de un sistema de previsión sin un colectivo de potenciales partícipes –empleados de la entidad promotora-. Asimismo,

⁷⁷⁰ Art. 80 Ley 27/1999, de 16 de junio. Pese a ello, la prestación de servicios de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado o de trabajo en otras cooperativas se rige por normas que han incorporado muchas de las previsiones de la legislación laboral (MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 13.ª ed., 2004, p. 204). Estamos ante una relación de empleo de carácter extremadamente fronterizo, “cuyo carácter no sólo material sino normativamente laboral parece cada vez más defendible (...)” (VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 4.ª ed., 2006, p. 310. En favor de esa dirección laborizadora, SANTIAGO REDONDO, K. M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, Madrid, *Ibidem*, 1998.

⁷⁷¹ La condición de cotitular del capital social y, por ende, de la empresa, no influye en el *status* de asalariado. Así, se ha podido decir que “la doble relación es autónoma y relativamente incomunicada o impermeable. La referida impermeabilidad dota de plena independencia al doble vínculo, laboral y societario, en cuanto a su vigencia, de modo que resultaría perfectamente posible que, extinguida la relación laboral por cualquiera de las causas admitidas legalmente, se conservara la condición de accionista de la sociedad” (MERCADER UGUINA, J. R. y PORTELLANO DÍEZ, P.: “La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1997, p. 1164).

conviene llamar la atención acerca de la posibilidad de que el empresario individual pueda integrarse como partícipe de un plan de promoción conjunta en el cuál figure como promotor. El párrafo 3º del art. 25.1 RPPF hace una mención expresa a este tipo de planes, incluyendo a los empresarios individuales entre los posibles promotores de los mismos, no señalándose limitación alguna a que éstos puedan actuar como partícipes del sistema privado de pensiones que se haya creado de forma conjunta. En conclusión, nada impediría esta situación ya que el hecho de que actúe como entidad promotora de un plan colectivo le otorgaría la facultad de poder efectuar aportaciones para sí mismo, independientemente de las que tenga que realizar en favor de sus empleados.

Por otro lado, conviene llamar la atención del análisis que con anterioridad se hacía acerca de la justificación de que un empresario individual pueda figurar como partícipe de un Plan promovido en interés de sus empleados. Y de nuevo aquí hay que retomar lo apuntado más arriba, donde se subrayaba la finalidad a la que atiende esta medida excepcional, que no era otra sino la de facilitar la protección social del empresario individual o de los profesionales y, en consecuencia, favorecer la generalización de la protección social complementaria en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas. En cierto modo, a través de esta nueva previsión, que constituye una excepción a la exclusividad de las aportaciones a un plan del sistema de empleo a favor de los empleados, el empresario individual puede tener una recompensa por asumir la creación de un plan en interés de sus empleados y realizar aportaciones directas⁷⁷². Por otro lado, también hay que recordar como lo habitual será que el propietario de una empresa de reducida dimensión sea a su vez trabajador en la misma. E, incluso, cabe la posibilidad de que se trate de negocios familiares, por lo que en ambos casos la participación del empresario como trabajador puede resultar un elemento decisivo para instar la creación del Plan de Pensiones y, también, para su intervención como partícipe del mismo.

En último lugar, hay que recordar también lo comentado en otra parte acerca de los posibles inconvenientes que presenta el reconocimiento de esta doble condición de promotor y partícipe a favor del empresario individual o profesional independiente. Así, el más importante guarda relación con los procesos de participación y control que se dan en estos mecanismos de protección, de modo que las instituciones ideadas para estos cometidos, tanto la comisión promotora del plan como la comisión de control del plan y del fondo, al estar formadas por una representación de la

⁷⁷² “Se avanza tímidamente en la idea de *comunidad de aseguramiento profesional como eje del sistema de empleo en un emergente sistema de pluralidad de clases*” (MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 52).

parte promotora y de los partícipes, puede darse el caso que el empresario pueda verse doblemente representado –como parte promotora y como partícipe- e influir directamente en la adopción de acuerdos e incluso anular la voluntad de la representación de los partícipes, sobre todo a partir de ahora que la representación en las comisiones ha pasado a ser paritaria⁷⁷³. Como ya se dijo anteriormente, deberán ser las especificaciones del plan las que deberán establecer los mecanismos necesarios para evitar estas disfuncionalidades en las estructuras representativas y participativas, de tal modo que la representación necesaria como partícipe del empresario individual no genere situaciones no razonables (indeseables) de sobrerrepresentación fáctica⁷⁷⁴.

Por lo que respecta a la extensión de la condición de partícipes a los socios trabajadores o de trabajo en los planes promovidos en el ámbito de las sociedades cooperativas y laborales, hay que recordar que es el art. 4.1.a), párrafo 2º TRLFPF el que prevé esta posibilidad dejando en manos del RFPF la concreción de las condiciones en las que se va a poder llevar a cabo⁷⁷⁵. Precisamente, el art. 25.3 RFPF es el encargado de precisar el ámbito personal de los planes profesionales de las empresas de economía social, empezando por reconocer que los socios empleados podrán integrarse en el sistema de previsión adoptado, siempre que así se haya previsto en las especificaciones correspondientes (art. 25.3 RFPF). Este precepto resulta trascendental, especialmente este último apartado, dado que la facultad de poder figurar como partícipe del plan se ve supeditada a la decisión que se adopte en el reglamento de especificaciones negociado. Sobre este particular planea una cuestión de indudable importancia, y es la necesidad de que las especificaciones del plan negociado colectivamente en un ámbito supraempresarial de afectación de la cooperativa o la sociedad laboral incorporen la previsión de la extensión a dicho colectivo de la medida de protección social adoptada. De no ser así, habría que considerar que mientras no exista un acuerdo en tal sentido incorporado a las especificaciones del plan, los socios trabajadores y de trabajo no se podrán acoger al plan de pensiones de origen convencional⁷⁷⁶.

Por lo demás, hay que valorar positivamente la previsión de que los socios empleados de las sociedades cooperativas y laborales puedan

⁷⁷³ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 287.

⁷⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁷⁵ También el ordenamiento italiano prevé como destinatarios de los fondos de pensiones a los socios trabajadores de cooperativas de producción y trabajo (art. 4.1 l. n. 335/1995).

⁷⁷⁶ En realidad, con esta regla de supeditar la participación de los socios (de cooperativas o de sociedades laborales) a lo dispuesto en el reglamento del plan, no se hace sino recoger una doctrina judicial reiterada que ha negado la aplicabilidad del convenio colectivo de sector que contempla la mejora directa de prestaciones o la obligatoriedad de las empresas de suscribir pólizas de seguro para la cobertura de determinados riesgos. *Vid.* sobre esta cuestión LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 301-302.

integrarse en un plan del sistema de empleo constituido en dicho ámbito⁷⁷⁷. La doble condición jurídica de trabajadores profesionales y la cualidad de miembros de una estructura societaria sirve de justificación para su consideración como partícipes de un plan promovido en el marco de las empresas de economía social. Pese al carácter no dependiente de esta prestación de servicios, esta solución es coherente tanto respecto de la necesidad de permitir la autoprotección colectiva de socios trabajadores y de trabajo de dichas sociedades⁷⁷⁸ como con el proceso más general de aplicación de normas y garantías del Derecho social del trabajo a este tipo de relaciones asociativas y de trabajo⁷⁷⁹.

Pero, una vez reconocida esta facultad general de integración de los socios trabajadores y de trabajo en el plan de pensiones adoptado, resulta necesario, en segundo lugar, indagar en las razones que servirían de sustento para no considerar como partícipes del plan a estos sujetos. Por lo pronto, el art. 25.3 RFPF no indica nada al respecto, no establece en qué situaciones y porqué se podría avalar la no integración de los socios empleados como partícipes, por lo que bastaría con que en el reglamento del plan de pensiones no se incluyeran a éstos en la definición de partícipes sin establecer ningún tipo de justificación. En todo caso, se puede sugerir una situación concreta en la que puede resultar comprensible la remisión normativa en favor de que sean las especificaciones del plan las que determinen la extensión de la condición de partícipes a este tipo de relaciones. Así, nos referimos a aquella en la que el trabajador que es socio-accionista- a la vez de la empresa cuenta con una participación mayoritaria del capital. En este caso, para el supuesto de las sociedades laborales, desaparecería esa duplicidad trabajador-empresario, por lo que parece lógico impedir su calificación como partícipe en la medida en que se diluye la ajeneidad y, por tanto, la relación laboral. En todo caso, cabe pensar que lo habitual no será impedir la extensión de la condición de partícipes a los socios trabajadores o de trabajo en las empresas de economía social. Piénsese que lo más frecuente será satisfacer las necesidades de previsión colectiva de los socios trabajadores.

Por otro lado, el RFPF va a permitir que la sociedad promotora del plan de pensiones constituido pueda realizar contribuciones a favor de los socios partícipes, sin perjuicio de que éstos últimos puedan efectuar también aportaciones directas (art. 25.3, párrafo 2º). Con esta previsión

⁷⁷⁷ Durante la vigencia de la Ley 8/1987, ya se postulaba la consideración como potenciales partícipes de los planes del Sistema de empleo de los trabajadores-socios tanto de cooperativas como de sociedades laborales. *Vid.* MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 35

⁷⁷⁸ *Ibidem*, p. 80.

⁷⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 52.

normativa se quiere dejar claro que la doble relación que se da en estos casos –asociativa o societaria y laboral- con respecto a la entidad que insta la creación del plan no es óbice para que ésta última pueda realizar aportaciones en su favor. Finalmente, el RFPF realiza dos precisiones formales que hay que tener en cuenta en el ámbito de los Planes de pensiones del sistema de empleo promovidos por las empresas de economía social. En primer lugar, el párrafo 3º del art. 25.3 establece que “las referencias contenidas en este reglamento a empleados, trabajadores o relación laboral se entenderán realizadas, en su caso, a los citados socios trabajadores o de trabajo, y a la relación de socio trabajador”. Y, en segundo lugar, que “las referencias de este reglamento al convenio colectivo o disposición equivalente se podrán considerar realizadas a los acuerdos de los órganos sociales o de gobierno de dichas sociedades” (último inciso del art. 25.3., párrafo 3º). Poco hay que decir con respecto a estas previsiones dado que la finalidad de las mismas no es otra que dejar constancia de la adaptación que sufren determinados términos adoptados por el RFPF de forma genérica y que en el caso de los planes promovidos por sociedades cooperativas y laborales deben ser interpretados de acuerdo al ámbito en el que son objeto de aplicación.

El análisis de la dimensión subjetiva de los planes de pensiones del sistema de empleo debe completarse con la posibilidad de incorporar como partícipes a trabajadores que con anterioridad a la constitución del plan y siempre que así lo establezcan las especificaciones del mismo hubieran extinguido la relación laboral con el promotor (art. 25.2, párrafo 2º RFPF). Para ello será necesario que el empresario o empresarios que hayan promovido el plan mantengan compromisos por pensiones con aquéllos procediendo a su instrumentación en dicho mecanismo de previsión. De este reconocimiento general en favor de la consideración como partícipes de ex-trabajadores de la entidad promotora conviene resaltar los siguientes aspectos. En primer lugar, hay que hacer notar que estamos ante una excepción a la regla general de la vigencia del vínculo contractual entre empleador y empleado para poder adquirir la condición de partícipe⁷⁸⁰. Así, el art. 28.3 RFPF es meridianamente claro al respecto al afirmar que “el trabajador que reúna las condiciones para acceder al plan podrá ejercitar su derecho de incorporación en cualquier momento y en tanto no se haya extinguido la relación laboral con el promotor (...)”. En segundo lugar, esta eventual integración como partícipes de los trabajadores anteriormente vinculados a la empresa debe haberse previsto en las especificaciones del plan de pensiones en el que se pretenden instrumentar los compromisos por pensiones que la entidad promotora mantenga con aquéllos. Por tanto, el

⁷⁸⁰ ROMERO BURILLO, A. M.ª: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 86 y SUÁREZ CORUJO, B.: “RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba...”, *op. cit.*, p. 102.

efectivo reconocimiento de este derecho de incorporación se hace depender de los acuerdos alcanzados por la autonomía colectiva reflejados en el reglamento de especificaciones correspondiente. En tercer lugar, el art. 25.2, párrafo 2º RPPF alude de forma concreta al mantenimiento de compromisos por pensiones que se pretendan instrumentar en el plan de pensiones, por lo que se está aludiendo a obligaciones contraídas por el empresario con anterioridad a la constitución del plan. Por tanto, en el RPPF se está haciendo referencia a los sistemas de previsión anteriores a la formalización del plan que la empresa promotora hubiera podido adoptar en favor de sus empleados y respecto de los cuáles rige la obligación de exteriorización conforme a la disp. adic. 1ª TRLPPF.

Precisamente, en cumplimiento de esta obligación las empresas han podido instrumentar mediante un plan de pensiones del sistema de empleo sus compromisos por pensiones normalmente gestionados a través de fondos internos, lo que ha exigido al mismo tiempo la elaboración de un plan de reequilibrio que tendría como objetivo el establecimiento de las condiciones para llevar a cabo el traslado al plan de los derechos que el empleador tenía reconocidos por servicios pasados para el personal activo como de las obligaciones contraídas por la empresa con sus jubilados o beneficiarios. El problema se plantea con aquellos trabajadores que ven extinguido su contrato de trabajo en el momento en el que todavía no se ha constituido el plan de pensiones. En estos casos, lo más habitual ha sido no reconocer derecho consolidado alguno al causar baja en la empresa con anterioridad a la constitución del plan, incluso cuando el trabajador afectado hubiera manifestado su intención de participar en aquél⁷⁸¹. Por tanto, extinguido el contrato de trabajo y no formalizado el plan correspondiente el trabajador no tenía derecho a solicitar la materialización de los derechos por servicios pasados⁷⁸².

Teniendo en cuenta la problemática apuntada, hay que realizar una valoración positiva de esta previsión contenida en el RPPF ya que con esta medida se va a poder atender las reclamaciones de trabajadores con las que las empresas mantenían compromisos por pensiones y una vez extinguido su contrato de trabajo con anterioridad a la formalización del plan se les imposibilitaba la devolución de las aportaciones empresariales realizadas a su favor de acuerdo con el sistema de previsión anterior. Ahora bien, la solución legal predispuesta se somete a dos condiciones que merecen

⁷⁸¹ Se ha venido postulando en estos casos la existencia de una expectativa jurídica condicionada a la pervivencia del contrato de trabajo. *Vid.* STS 7 febrero 1991 (*RJ* 1991, 814) y STSJ Canarias/Las Palmas 28 febrero 1992 (*AS* 1992, 751).

⁷⁸² Un caso aislado en el que se reconoce el derecho del trabajador extinguido a la percepción de las aportaciones de previsión antes de la formalización definitiva del plan está constituido por la STS Madrid 18 noviembre 1992 (*AS* 1992, 5719). Aunque en este caso se hacen valer circunstancias excepcionales para el reconocimiento de aquél derecho, como son, su adscripción inicial al plan pendiente de formalizar y la existencia de una provisión de fondos por el importe total del coste histórico de todos los empleados.

distinta consideración. La primera, haría referencia a una cuestión obvia como es que el reconocimiento en favor del trabajador extinguido de un derecho a instrumentar en el plan los compromisos por pensiones que la empresa mantenía con aquél tan sólo se hace a efectos de su incorporación como partícipe al nuevo plan. Es decir, no se admitiría en estos casos una eventual movilización de los derechos que el trabajador extinguido podría ostentar por servicios pasados por cuanto conforme al art. 25.2, párrafo 2º RPPF este reconocimiento tan sólo serviría a efectos de su integración en el plan, aparte de la problemática consideración como derechos consolidados una vez extinguida la relación laboral con el promotor. Esta solución consistente en reconocer una eventual integración en el plan de derechos en curso adquisición resulta acorde con la naturaleza de los planes de pensiones como instrumentos de ahorro finalista. Por un lado, por cuanto se les da una solución a aquellos trabajadores que causan baja en la empresa y que pierden su derecho a hacer efectivas las contribuciones que la empresa ha realizado en su favor. Por otro lado, la integración de estos derechos al nuevo plan supone una nueva dotación al mismo que no hacen sino acrecerlo, lo que de tratarse de un plan de financiación conjunta permitiría al mismo tiempo un mayor número de aportaciones provenientes de estos partícipes. Por último, habría que hacer referencia a una cuestión que ya se ha subrayado con anterioridad. Nos referimos a la remisión que el RPPF realiza a las especificaciones del plan a efectos del reconocimiento de este derecho de participación en dicho plan de los trabajadores que hayan visto extinguido su contrato de trabajo. Así, hay que entender que esta solución resulta acorde con el papel que debe jugar la autonomía colectiva en la conformación de los sistemas privados de pensiones en el ámbito de las relaciones laborales, pero tratándose en este caso de derechos de protección del trabajador se tendría que haber optado por garantizar jurídicamente los mismos sin esperar a que sea el acuerdo negocial correspondiente el que se encargue de su reconocimiento. Piénsese que si la incorporación como partícipes de los ex-trabajadores con los que la empresa mantenía compromisos por pensiones se deja en manos de las especificaciones del plan se corre el riesgo de que ante una misma situación la solución pueda ser distinta en función de los pactos alcanzados en el momento de su formalización⁷⁸³.

2.5. Los sujetos beneficiarios

De acuerdo con los arts. 3.2 TRLPFP y 2.2.c) RPPF beneficiarios son las personas físicas con derecho a la percepción de prestaciones, hayan sido o no partícipes. Por tanto, estaríamos ante sujetos que, en cuanto se produce el hecho causante que da lugar al pago de cualquiera de las prestaciones

⁷⁸³ ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 88.

reconocidas en el plan correspondiente, tienen derecho a percibir las. Hablamos, asimismo, de personas físicas, lo que supone que en el ámbito de los planes y fondos de pensiones las entidades de naturaleza jurídica no pueden ostentar la condición de beneficiarios⁷⁸⁴. Estamos ante un aspecto a resaltar ya que el que el beneficiario no pueda ser una persona jurídica es una nota diferenciadora de los planes con respecto a los seguros⁷⁸⁵.

En este sentido, al hablar de un beneficiario de las prestaciones establecidas en un plan conviene distinguir dos aspectos de interés: el primero, hace referencia al momento inicial de designación de las personas que ostentarán la condición de beneficiarios⁷⁸⁶ y, el segundo, relativo a la adquisición formal de tal condición que se producirá una vez se actualice la contingencia que haga nacer su derecho a la prestación⁷⁸⁷. Se trata, por tanto, de dos momentos sustancialmente distintos, de manera que en el primer caso las personas designadas como tales ostentarán una serie de derechos económicos y políticos derivados de su interés de que el plan se desenvuelva adecuadamente, pero sólo en el supuesto de que se materialice el hecho causante que da lugar al pago de cualquiera de las prestaciones podremos hablar de sujetos beneficiarios. De hecho, con las prestaciones de

⁷⁸⁴ No lo ha entendido así el *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Aragón, S.A.* que define al beneficiario como “cualquier persona física o jurídica que, habiendo sido o no Partícipe del mismo, tenga derecho a percibir alguna de las prestaciones fijadas en este Reglamento”.

⁷⁸⁵ TIRADO SUÁREZ, F. J.: “Posición jurídica de los promotores...”, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁸⁶ Precisamente, el art. 18 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002) se ocupa de ello, iniciándose este proceso con la cumplimentación por el partícipe de la correspondiente solicitud de adhesión en la que el beneficiario o beneficiarios deberán quedar perfectamente identificados con nombre y dos apellidos, dirección y número de Documento Nacional de Identidad. Asimismo, la designación incluirá, en caso de ser varios los designados, las proporciones en que se percibirán las prestaciones, distribuyéndose en partes iguales cuando no se indique nada expresamente. En el mismo sentido, art. 21 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Polestar Heliocolor* (13 Junio 2001). En todo caso, se admite como designación de beneficiario la realizada expresamente en testamento (art. 12.8. de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)*).

⁷⁸⁷ Así, el art. 10 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Aragón, S.A.* identifica el momento de la materialización de la contingencia que hace nacer el derecho a la prestación con el alta del beneficiario en el Plan. También se recoge del mismo modo, entre otros, en el art. 8.2. del *Reglamento del Plan de Pensiones de Alcón*; art. 15.1. del *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002); art. 13.1. del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Torraspapel, S.A.* (Diciembre 2002) y art. 13 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para el Banco Exterior de España, S.A.* (22 Marzo 1991). El concepto de alta y baja aplicados a los sujetos beneficiarios de una prestación reconocida en un plan de pensiones resulta ciertamente problemático, dado que si el alta se entiende que se produce con el acaecimiento de la contingencia que da derecho a la prestación resulta contradictorio que mientras se alcanza ese momento el potencial beneficiario ostente una serie de derechos políticos y económicos reconocidos en la normativa legal. De ahí que sea más apropiado hablar de altas y bajas de los partícipes ya que son quienes verdaderamente ostentan la condición de sujetos causantes de las prestaciones, poseyendo los beneficiarios un derecho derivado de los primeros. Por todo ello, y tal y como se ha comentado más arriba, las especificaciones de muchos planes de pensiones no hacen referencia al alta y baja del beneficiario sino a un primer momento que consiste en designar a los beneficiarios por el partícipe, que lleva aparejado el que éstos puedan ejercer en el ámbito del plan una serie de derechos reconocidos legalmente, y posteriormente a la adquisición de la condición de beneficiario de la/s persona/s designada/s al producirse el hecho causante de las prestaciones correspondientes, produciéndose, con posterioridad, la pérdida de tal condición al recibir estas pensiones o agotarlas si se reciben en forma de renta temporal.

jubilación o incapacidad permanente no existe tal designación ya que es el propio partícipe el que una vez se actualice la contingencia correspondiente adquirirá la condición de beneficiario. Hay en estas prestaciones una coincidencia de las posiciones jurídicas de partícipe y beneficiario. Distinto es para el caso de las prestaciones de viudedad y supervivencia donde el derecho que el beneficiario ostenta a percibir tales prestaciones no es un derecho propio sino que deriva del partícipe⁷⁸⁸.

Por último, cabría mencionar la absoluta libertad que el TRLPFP confiere al promotor y partícipes a la hora de determinar los sujetos beneficiarios del plan para el caso de la muerte del partícipe o beneficiario como contingencia generadora de derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas, con los inconvenientes que esta circunstancia puede suponer al crearse sistemas protectores diferenciados y no potenciarse, al mismo tiempo, un desarrollo ordenado y racional de los sistemas privados de pensiones⁷⁸⁹. Y, precisamente, ese camino es el que han emprendido los reglamentos de planes de pensiones dado que en esta cuestión presentan importantes diferencias. Así, encontramos planes que consideran beneficiarios de la contingencia de fallecimiento al superviviente de la pareja de hecho de cuya existencia se haya dado cuenta previamente a la comisión de control del plan o de no haber efectuado tal comunicación, se acredite suficientemente la situación de convivencia estable⁷⁹⁰. También, para el supuesto de la contingencia de fallecimiento, el orden de prelación de beneficiarios a falta de designación expresa es distinto según que planes, situando, unos⁷⁹¹, a los hijos supervivientes y padres antes que al cónyuge y, otros⁷⁹², al contrario. Esta circunstancia, la absoluta libertad con que cuentan las especificaciones de los planes para la regulación de esta cuestión, pone en evidencia la desconexión que dicha contingencia - fallecimiento- presenta con respecto a lo previsto para esta situación por la

⁷⁸⁸ TIRADO SUÁREZ, F. J.: “Posición jurídica de los promotores...”, *op. cit.*, p. 108; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 57; CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: “El papel de los planes...”, *op. cit.*, p. 487 y ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 313. No lo entiende así SUÁREZ CORUJO para quién el “derecho a las prestaciones es propio (incluso sin haber sido partícipe), derivado de las condiciones contractuales asumidas a su favor por el partícipe; sólo de esta forma puede explicarse que los beneficiarios sean también titulares de los recursos patrimoniales ex artículo 8.4 LPFP a partir del momento en el que se actualiza la contingencia protegida” (*Los planes de pensiones del sistema...*, *op. cit.*, pp. 278-279).

⁷⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁹⁰ Entre otros, art. 15 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002); art. 17 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Polestar Heliocolor* (13 Junio 2001); art. 14 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus sociedades filiales* y art. 17 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Ayuntamiento de Béjar*.

⁷⁹¹ Art. 10 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Octubre 2000).

⁷⁹² Art. 31 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Agribands Europe-España, S.A.*

normativa de Seguridad Social⁷⁹³. No se puede decir lo mismo del resto de contingencias pensionables –jubilación e incapacidad permanente–, dado que en éstas últimas hay una remisión directa a lo regulado por aquélla.

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA DE PREVISIÓN DEL PLAN

Reconocido un principio de libertad de complementación de las pensiones públicas a través del último inciso del art. 41 CE, es el momento de analizar una de las limitaciones que sufren los particulares a la hora de diseñar y llevar a la práctica un sistema de previsión de carácter privado. Ya se destacó con anterioridad el rasgo de la voluntariedad institucional en el ámbito de los planes y fondos de pensiones, lo que se traduce en un reconocimiento de la libertad de constitución de sistemas de protección al margen de la Seguridad Social. Ahora bien, adoptada la decisión de formalizar un plan, éste va a tener que dar cumplimiento a una serie de principios que sirven de guía a la hora de configurar el plan, proyectándose sobre cada uno de los aspectos de organización y funcionamiento del sistema. Precisamente, al estudio de cada uno de estos principios nos referiremos a continuación.

En primer término, nos ocuparemos de la primera exigencia que el modelo legal impone a los sujetos negociadores del plan, a saber, el cumplimiento de un principio de no discriminación, el cuál vendrá referido tanto a la determinación del colectivo afectado por el acuerdo de previsión como a la posibilidad de introducir niveles distintos de aportaciones y prestaciones. Se trata de dos aspectos que, como se verá, en modo alguno van a poder decidirse con absoluta libertad por las partes contratantes del plan. En segundo término, prestaremos atención a otros tantos principios que el modelo legal enuncia expresamente y que afectan a la dinámica de funcionamiento del plan y a su ordenación e instrumentación técnica. El primero de éstos se refiere a la necesidad de que el sistema de previsión opere mediante la técnica financiera de la capitalización individual. El resto está relacionado con otros tres aspectos de igual importancia: de un lado, que las aportaciones del promotor de los planes tendrán el carácter de irrevocables; de otro, que las aportaciones de los partícipes determinan para éstos una serie de derechos; y, por último, el que las aportaciones y contribuciones al plan deberán integrarse obligatoriamente en un fondo de

⁷⁹³ Un ejemplo de ello se puede encontrar en dos pronunciamientos jurisprudenciales, a saber: la STSJ Castilla/León (Valladolid) 28 enero 1997 (*J* 1997, 253) y la SJS Madrid 24 febrero 2005 (*AS* 2005, 987). Un comentario a esta última sentencia en SUÁREZ CORUJO, B.: “La designación del beneficiario de la prestación por muerte de un partícipe en un plan de pensiones del sistema de empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2005, pp. 27-30.

pensiones. Por su importancia, prestaremos especial atención a los dos primeros –no discriminación y sistema de capitalización individual-. No en vano el principio de no discriminación tiene una incidencia notable en dos cuestiones cruciales del diseño del plan –su campo de aplicación y los niveles de cobertura- y el principio de capitalización remite al sistema de financiación que sustenta todo el entramado institucional de este mecanismo de previsión.

Por lo demás, hay que resaltar que éstos no son los únicos principios que se pueden deducir de todo el sistema jurídico-legal de ordenación de los planes. Aún cuando sean los que encuentran un reconocimiento explícito en el texto legal, lo cierto es que se pueden mencionar otros tantos principios que sin estar reflejados en la normativa se infieren sin demasiada dificultad del conjunto del articulado del TRLFPF. Así, entre éstos últimos se pueden citar los siguientes: el principio de libertad (voluntariedad), el carácter no sustitutivo del plan y normalmente complementario de las pensiones del sistema de Seguridad Social, el principio de profesionalidad, el principio estructural general de externalización, el principio de la autonomía colectiva negocial y el principio participativo de los interesados⁷⁹⁴. De todos ellos daremos cuenta en su momento en diferentes apartados de este trabajo.

1. El principio de no discriminación

Lo primero que va a exigir el diseño de un plan de pensiones va a ser la determinación del ámbito subjetivo sobre el que se proyecta. En efecto, el primer cometido a dilucidar por los sujetos constituyentes de un sistema de previsión de carácter privado es el de los individuos que van a quedar afectados por esta medida. En segundo lugar, a los sujetos constituyentes del plan les corresponde también decidir las condiciones que van a conformar el plan. En concreto, deben establecer el cuadro protector aplicable a cada uno de los colectivos participantes, lo que supone, al mismo tiempo, decidir acerca de la posibilidad de introducir tratamientos diferenciadores en derechos y en prestaciones para cada uno de los grupos objeto de protección.

Como se comprenderá, estos dos aspectos se erigen en elementos decisivos de los sistemas privados de pensiones dado que ambos remiten a la mayor o menor amplitud desde el punto de vista subjetivo de estos mecanismos de previsión, pero también a un mayor o menor grado de uniformidad en los niveles de protección. Es decir, con la configuración del campo de aplicación de los planes de pensiones está en juego la capacidad

⁷⁹⁴ Ya resulta clásica la sistematización de los mismos por parte de MONEREO PÉREZ en “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, pp. 47-68.

de estos instrumentos para atender las necesidades de complementación del sistema público de pensiones de la población en general o, por el contrario, de convertirse en una medida selectiva pensada única y exclusivamente para acoger a grupos muy concretos de individuos, normalmente de rentas altas o medio-altas⁷⁹⁵. Por tanto, resulta especialmente interesante abordar el conjunto de las limitaciones que el ordenamiento legal de los planes ha podido imponer a la autonomía privada a la hora de establecer el ámbito subjetivo de aplicación de estos instrumentos de protección⁷⁹⁶.

Precisamente, el principio de no discriminación enunciado con carácter general en el 5.1.a) TRLPFP incide en el diseño que los sujetos negociadores de un plan realizan de su ámbito subjetivo. Por tanto, la determinación del colectivo afectado por el acuerdo de previsión como la posibilidad de introducir niveles distintos de aportaciones y prestaciones son dos cuestiones que no van a poder decidirse con absoluta libertad por las partes contratantes del plan. En definitiva, la autonomía privada no va a poder sustraerse al mandato de la interdicción de no discriminación contenido en la normativa reguladora de los planes de pensiones⁷⁹⁷.

Dicho esto, y antes de analizar la concreta configuración de este principio en el ámbito de los sistemas privados de pensiones, así como su incidencia en la organización y funcionamiento de estos mecanismos, interesa hacer una incursión en las razones de la existencia de este principio en el modelo legal de planes de pensiones. Y así, la primera de ellas atiende a lo comentado con anterioridad acerca de la generalización (universalización) de los regímenes de protección complementaria, de modo que la introducción del principio de no discriminación en estos instrumentos trataría de evitar la creación de sistemas de previsión dirigidos únicamente a ciertos colectivos o grupos en el seno de las

⁷⁹⁵ En Italia se han señalado tres factores que están dificultando la generalización de la previsión social complementaria a través de los fondos de pensiones: en primer lugar, la escasa adhesión de los trabajadores a los fondos de pensiones operativos; en segundo lugar, la ausencia absoluta de fondos para todas las categorías de trabajadores; y, por último, la imposibilidad manifiesta que presentan determinados colectivos (empleados temporales y precarios) para poder acceder a aquéllos (ANDRUCCIOLI, P.: *La trappola del fondi pensione*, Milan, Feltrinelli, 2004, p. 97).

⁷⁹⁶ Rige el principio de libertad en la configuración de los planes aunque “exigiendo, no obstante, el sistema de capitalización para su financiación y prohibiendo toda posibilidad de discriminación en el colectivo que comprende el plan de pensiones” (FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: “Características básicas de la futura regulación...”, *op. cit.*, p. 202).

⁷⁹⁷ Este mandato general de impedir conductas discriminatorias en el seno del plan debe relacionarse con lo previsto en el ordenamiento estadounidense en dicha materia. Prueba de la importancia que las reglas antidiscriminatorias tienen en la ERISA es que se consideran las de mayor complejidad de todo su articulado y de su cumplimiento depende que el plan de pensiones obtenga la denominación de cualificado a los efectos de recibir un tratamiento fiscal ventajoso. *Vid.* un análisis exhaustivo de aquéllas en CONISON, J.: *Employee Benefits Plans*, St. Paul, Thomson West, 3.ª ed., 2003, pp. 357-410. Cuestión distinta es que en la práctica no se estén produciendo desigualdades en la cobertura que proporcionan aquéllos. *Vid.* numerosos ejemplos en NIKONOFF, J.: *La Comédie...*, *op. cit.*, pp. 214-216.

empresas donde se implanten⁷⁹⁸. Precisamente, la mención expresa del principio no discriminación en la normativa de los planes privados de pensiones trataba de paliar los inconvenientes que se planteaban en su aplicación práctica. Así, se argumentaba que con los fondos de pensiones se podían introducir elementos antisolidarios, donde sectores con mayor capacidad de presión, con mayor capacidad de organización, con una mejor situación económica de su rama o sector, conseguirían unas mejores prestaciones complementarias privadas, y en cambio otros sectores de trabajadores, la inmensa mayoría, que no tienen esa capacidad de presión, de organización, se encontrarían al cabo de algunos años en unas prestaciones de Seguridad Social públicas similares o rayanas a un sistema, no de Seguridad Social, sino de beneficencia⁷⁹⁹. Del mismo modo, se consideraba que había que conseguir que en los fondos de pensiones, de tan marcado carácter mercantil, debían penetrar lo más posible los principios del Derecho Laboral, especialmente la prohibición de discriminación por razón de sexo o edad, contenida en el art. 17 ET⁸⁰⁰. En todo caso, cabe recordar que lo que para unos –el principio de no discriminación– era un elemento decisivo de evitación de una eventual disgregación o de insolidaridad dentro del colectivo de los trabajadores afectados por el plan, para otros se interpretó como un factor de restricción o fuertemente condicionador de la extensión de estos mecanismos, puesto que esta medida podría actuar como freno a la entrada de numerosas empresas en el sistema hasta haber analizado detenidamente los compromisos que este requisito les podía suponer⁸⁰¹ o, incluso, impedir que muchas empresas con compromisos por pensiones con sólo una parte de la plantilla promovieran un plan de pensiones del sistema de empleo⁸⁰².

La segunda de las justificaciones para dar entrada a la interdicción de discriminación en el ámbito de los planes privados de pensiones tiene una relación directa con la proyección de la regla de igualdad del art. 14 CE en el ámbito de las relaciones laborales y muy especialmente con la exigencia mantenida por las instituciones comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de conminar a los

⁷⁹⁸ Es de sobras conocida la desigualdad de la protección ofrecida por algunos planes privados de pensiones. Por un lado, porque sirven deficientemente a los sectores de población peor pagados y más vulnerables. Por otro, porque excluyen algunas categorías de trabajadores, particularmente a tiempo parcial, o porque restringen las pensiones de aquéllos que han dejado de trabajar antes de la edad normal. O, incluso, porque operan en un medio fiscal que favorece a los que perciben ingresos más altos (JAMES, C.: “Los Fondos de Pensiones: el fracaso de la previsión privada”, *Temas Laborales*, núm. 3, 1985, p. 14).

⁷⁹⁹ GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: “El sindicalismo ante las Mutualidades...”, *op. cit.*, p. 151.

⁸⁰⁰ ZUFIAUR, J. M.^a y MARTÍN, R.: “Seguridad Social y Fondos...”, *op. cit.*, p. 317.

⁸⁰¹ PARRA MARTÍN-URDA, D.: “La implantación en España del Sistema de Fondos de Pensiones”, en VV. AA. (Navas Olóriz, J. ed.): *Los Planes y Fondos de Pensiones. Aspectos económicos, actuariales y jurídicos*, Madrid, Economistas, p. 20.

⁸⁰² SANZ ARNAL, E.: “Sistemas de previsión social...”, *op. cit.*, p. 62 y BENITO SANZ, B.: “Una década de existencia de los Planes y Fondos de Pensiones”, *La Ley*, 1997, p. 1870.

Estados miembros a la adopción de todas las medidas necesarias para asegurar el pleno efecto del principio de igualdad de trato, si bien referida al sexo o a la nacionalidad. De ahí que la inclusión del principio de no discriminación en los regímenes profesionales se deducía inequívocamente del principio constitucional (arts. 14 ET y 17 ET) y de la normativa comunitaria en la materia.

1.1. La formulación general del principio de no discriminación

Antes de pasar al análisis del concepto jurídico-positivo del principio de no discriminación en los planes del sistema de empleo, interesa anotar sus características más sobresalientes conforme a la descripción general que realiza el art. 5.1.a) TRLPFP. En concreto, este precepto establece que deberá “garantizarse el acceso como partícipe de un plan a cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación o de capacidad de contratación con el promotor que caracterizan cada tipo de contrato”. Conforme a esta formulación general de este principio de no discriminación aplicable a todas las modalidades de planes cabe destacar tres aspectos de interés.

En primer lugar, el TRLPFP le otorga especial trascendencia a este principio al caracterizarlo como básico en el modelo legal aplicable a estos instrumentos de previsión (art. 5.1, primer párrafo). De este modo, el legislador ha querido hacer de la interdicción de discriminación un principio rector en el sentido de constitutivo e inherente al propio sistema que se instituye⁸⁰³. Pero esta trascendencia, derivada de la posición central que ocupa este principio en el esquema de organización y funcionamiento de los planes, cabe complementarla con aquella otra que dimana del propio tratamiento jurídico que el legislador dispensa al mismo. Por un lado, porque entre los principios básicos descritos en el art. 5 TRLPFP solo el de no discriminación ha sido regulado con carácter particular para cada una de las modalidades de planes, el resto de principios se desarrollan sin connotaciones específicas⁸⁰⁴. Por otro, porque la especial relevancia del principio de no discriminación en su enunciado general se ve realizada por la concreción que se hace del mismo en el RFPF, dedicándole un precepto diferente para cada tipo de planes⁸⁰⁵. Así, el art. 26 RFPF se ocupa de acotar el principio de no discriminación en los planes de pensiones del sistema de empleo. Por su parte, el art. 46 RFPF se encarga del principio de no discriminación en el ámbito de los planes individuales. Y, por último, el

⁸⁰³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 170.

⁸⁰⁴ ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario...”, op. cit., p. 150.

⁸⁰⁵ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 228.

art. 52 RPPF está dedicado al principio de no discriminación en los planes de carácter asociado.

En segundo lugar, la incorporación del principio de no discriminación en el ámbito de los planes de pensiones resulta ser una manifestación singular de la prohibición general de discriminación prevista por el artículo 14 CE⁸⁰⁶. En efecto, al igual que ocurre con el art. 17 ET para las relaciones de trabajo, el art. 5.1.a) TRLPFP traslada a los sistemas privados de pensiones esta prohibición contenida en el art. 14 CE⁸⁰⁷, y ello aún cuando el imperativo constitucional pudiera hacer innecesaria esta formulación concreta del principio de no discriminación en el ámbito de los planes de pensiones⁸⁰⁸. En todo caso, supone el que deba tenerse en cuenta en el marco de los regímenes complementarios la jurisprudencia constitucional encargada de interpretar la cláusula general de igualdad. Así, la necesidad de no considerar el art. 14 CE como un principio de igualdad absoluto ya que la existencia de situaciones de hecho diferentes, admiten o requieren un trato diferente, de modo que no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situación de desigualdad⁸⁰⁹. Así como, el que una eventual diferenciación de trato a los ciudadanos o grupos va a exigir que la medida esté fundada en una justificación objetiva y razonable⁸¹⁰. Es evidente, que con la formulación general del principio de no discriminación en el ámbito de los planes de pensiones se ha pretendido acoger esta doctrina jurisprudencial a efectos de evitar que se le niegue el acceso a estos instrumentos de previsión a los grupos considerados más vulnerables. Se recuerda aquí que la previsión social voluntaria ha sido un campo propicio para la diferenciación de trato según que colectivos, protegiendo, en ocasiones, únicamente a una parte de la población trabajadora de la empresa en función de la cuantía de sus rentas salariales⁸¹¹, de ahí que resulte de suma importancia este reconocimiento

⁸⁰⁶ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 49; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 370 y MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: “Comentario a los arts. 5 y 6 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido de...*, op. cit., p. 228.

⁸⁰⁷ Hay que recordar que “el art. 14 contiene una dualidad de preceptos jurídicos: uno, relativo al principio de igualdad, contenido fundamentalmente en el primer inciso, y otro, relativo a la prohibición específica de discriminación y a la tutela antidiscriminatoria contenido en su segundo inciso (...) Es decir, en este segundo inciso se contiene una prohibición adicional de discriminaciones por determinadas, concretas y específicas razones, criterios o motivos, discriminaciones que el constituyente ha estimado especialmente odiosas o rechazables y, por ello, la ha vedado expresamente” (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 81).

⁸⁰⁸ ALONSO SAURA, J. L.: “Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenios Colectivos”, *Documentación Laboral*, núm. 32, 1990, p. 89.

⁸⁰⁹ SSTC 3/1983, 25 enero (FJ 3); 63/1984, 21 mayo (FJ 4); 118/2002, 20 mayo (FJ 3).

⁸¹⁰ SSTC 67/1982, 15 noviembre (FJ 4); 23/1984, 20 febrero (FJ 6); 227/1998, 26 noviembre (FJ 5); 47/1999, 22 marzo (FJ 3).

⁸¹¹ SOLER BORDETAS, F. J.: *Fondos de...*, op. cit., p. 47.

general de la interdicción de discriminación en el marco de los planes de pensiones.

En tercer lugar, hay que llamar la atención sobre el mandato jurídico contenido específicamente en el art. 5.1.a) TRLPFP. Y así, lo primero que hay destacar es la imposibilidad de que un plan de pensiones pueda impedir el acceso a aquellas personas físicas que cumplan con determinados requisitos. Se evita, pues, que el sistema previsor adoptado seleccione grupos, colectivos o personas como sujetos potencialmente idóneos para integrarse en el plan, desechando a otros que se consideren menos adecuados⁸¹². Ahora bien, el art. 5.1.a) alude a la necesidad de que se cumplan determinadas exigencias a las que denomina “condiciones de vinculación o capacidad de contratación” y que han de poseer los sujetos que quieran participar en el plan. Además, la distinción que se realiza se conecta con las distintas modalidades de planes, al referirse el legislador a condiciones que “caracterizan a cada tipo de contrato”. De ahí que se pueda afirmar que cuando el TRLPFP habla de condición de vinculación está aludiendo a las diferentes relaciones que se puedan dar (de trabajo, asociativa, etc.) entre el partícipe y promotor en los planes del sistema de empleo o asociados. Por el contrario, cuando habla de capacidad de contratación lo hace para referirse a los planes del sistema individual⁸¹³. En el primer caso, el principio de no discriminación despliega sus efectos impidiendo que una empresa promotora de un plan del sistema de empleo restrinja el acceso de un empleado y para el caso de los planes asociados se imposibilitaría el que un ente asociativo que actúa como promotor niegue la integración en el plan a un miembro del mismo. En el supuesto de los planes individuales, los sujetos que quieran participar en un plan de estas características basta con que tengan capacidad jurídica plena y manifiesten su interés de acceder al mismo.

De lo expuesto hasta aquí se deduce, como ya se comentó en otro lugar, que la trascendencia de este principio es mayor cuando para la configuración del plan se parte de un determinado colectivo o grupo, con el fin de que no quede marginado ni excluido ningún miembro del mismo. Menos relevancia parece tener en los planes que se caracterizan por su

⁸¹² Cabe pensar, por ejemplo, en la posibilidad de que un plan de pensiones tenga en cuenta la tasa de sustitución a efectos de impedir el acceso al régimen de prestaciones complementarias. Así lo sugiere el Estudio de la Fundación para el Desarrollo de la Función de Recursos Humanos (FUNDIPE) en el que se considera que “si las prestaciones de la Seguridad Social antes de la jubilación representan el 90 por 100-95 por 100 de su última base de cotización, ello nos lleva a que teóricamente sólo puedan tener derecho a una Pensión Complementaria aquellos empleados con retribución superior a 6,5 millones de Ptas. (...). Igualmente nos parece excesivo al crear una expectativa de Prestación Complementaria con el personal de niveles de retribución inferior, cuando sus Pensiones de la Seguridad Social superan muchas veces para la mayoría del personal el 70 por 100 de su salario” (*Encuesta sobre Regímenes Complementarios en España*, FUNDIPE, 2000, p. 4).

⁸¹³ SEGALÉS FIDALGO, J.: “El contenido del principio de no discriminación en la regulación sobre planes y fondos de pensiones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994, p. 89.

configuración abierta o no selectiva, como es el del sistema individual. Es más, como se tendrá ocasión de comprobar, el citado principio de no discriminación ofrece unas características singulares en el caso de los planes del sistema del empleo, cobrando un especial protagonismo en este ámbito, como ya se reiteró más arriba.

1.2. Las características específicas del principio de no discriminación en los planes de pensiones del sistema de empleo

El tratamiento jurídico-positivo de la no discriminación en el ámbito de los planes ocupacionales ha previsto dos momentos distintos en los que cobra relevancia este principio básico del modelo legal. Por un lado, se ha considerado necesario que se atienda al momento en el que los empleados adquieren la condición de partícipe a efectos de que no se produzcan exclusiones injustificadas desde el punto de vista de la cláusula general de igualdad. Por otro, se ha tenido en cuenta también que la no discriminación incida en un momento posterior al acceso al plan, en concreto, en la determinación de las condiciones de regulación del sistema de previsión, en lo que se refiere al régimen de aportaciones y prestaciones del mismo. De ambas situaciones se ocupa el art. 5.1.a) TRLPFP dedicando el apartado 1º al principio de no discriminación en el acceso al plan de pensiones y el apartado 2º a la no discriminación en las condiciones de contratación del sistema protector. Del mismo modo, el art. 26 RFPF ofrece un tratamiento por separado de la incidencia de este principio en los dos momentos mencionados.

Precisamente, estas dos referencias específicas al principio de no discriminación nos van a servir para realizar el análisis por separado de dicho principio. Primero, de la incidencia del mismo en el acceso a un plan de pensiones y, segundo, de su compatibilidad con el establecimiento de aportaciones y prestaciones distintas o la creación de subplanes diferenciados por colectivos. En todo caso, únicamente en este apartado nos ocuparemos del primero de los aspectos señalados, ya que el segundo de ellos será objeto de un tratamiento más específico en otro lugar.

A) El alcance del principio de no discriminación como condición de acceso a un plan de pensiones

Tal y como se ha comentado, son el apartado 1º del art. 5.1.a) TRLPFP y el art. 26.1 RFPF los encargados de determinar la proyección concreta que tiene el principio de no discriminación en el ámbito de los planes de pensiones de empleo. En ambos se establece la misma previsión, la de que “un plan del sistema de empleo será no discriminatorio cuando la totalidad del personal empleado por el promotor esté acogido o en condiciones de

acogerse al citado plan, sin que pueda exigirse una antigüedad superior a dos años para acceder a aquél. Cualquier plan del sistema de empleo podrá prever el acceso con una antigüedad inferior a dos años o desde el ingreso en la plantilla del promotor”. De la lectura atenta de estos pasajes legal y reglamentario se observa una doble incidencia del principio de no discriminación en la configuración subjetiva de los sistemas privados de pensiones. De un lado, un primer inciso en el que con carácter general se exige de un plan de estas características que para no ser discriminatorio debe acoger a la totalidad de los empleados del promotor. Como es lógico, esta previsión inicial no es sino una reproducción de la formulación general del principio no discriminación del art. 5.1.a) TRLPFP. Pero, por otro lado, sentada la regla general de que en principio no se puede dejar fuera del plan a ningún empleado, se introduce una salvedad al respecto que resulta de libre disposición para las partes negociadoras del sistema de previsión, en concreto, la posibilidad de exigir como requisito de acceso al plan una antigüedad como máximo de dos años. Estamos, por tanto, ante dos aspectos que merecen un análisis detenido, dado que de ellos se extraen importantes consecuencias en lo que a la organización de estos planes se refiere.

Con respecto a la necesidad de que un plan de la modalidad de empleo deba comprender a la totalidad de la plantilla del promotor hay que recordar lo comentado en otro lugar acerca de la imposibilidad de que se puedan constituir regímenes profesionales pensados para un colectivo o grupo de trabajadores de la empresa promotora⁸¹⁴. En efecto, se prohíbe *ex lege* la existencia de planes del sistema de empleo de carácter específico para una parte de la plantilla del promotor, como sería el caso típico del personal técnico o directivo⁸¹⁵. O, por ejemplo, la previsión contenida en numerosos convenios colectivos en los que se excluía a los trabajadores eventuales del disfrute de determinadas mejoras voluntarias reservadas únicamente para los trabajadores fijos⁸¹⁶. Lo que impide, por tanto, el TRLPFP es que haya empleados que queden al margen del sistema protector previsto, siempre que cumplan con los requisitos previstos legalmente para poder acceder al mismo.

⁸¹⁴ En Italia, una parte de la doctrina no descartaba la existencia de ese riesgo (creación de fondos exclusivos reservados a unos pocos trabajadores privilegiados) a tenor de la amplitud otorgada por el legislador a las fuentes institutivas (especialmente, el acuerdo colectivo). *Vid.* BALANDI, G. G.: “Previdenza complementare e contratto collettivo”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 3, 1993, pp. 474-475).

⁸¹⁵ “Cosa distinta (...) es que dentro de un mismo Plan se pueda establecer una diferenciación de subplanes” (MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 59).

⁸¹⁶ *Vid.* GALLARDO MOYA, R.: “Las mejoras complementarias del sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1991, p. 479; REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: “Las mejoras voluntarias...”, *op. cit.*, p. 887 y YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 89.

Aceptada en la actualidad esta concreta manifestación del principio de no discriminación, conviene recordar, en todo caso, los intentos por hacer más laxo el requisito de que el plan adoptado por una entidad promotora deba afectar a la totalidad de sus empleados. Por un lado, el propio Anteproyecto de Ley de regulación de los Fondos de Pensiones no contemplaba necesariamente el que el plan tuviera que acoger al conjunto del personal empleado por la entidad promotora. Al contrario, bastaba con que al menos el 90 por ciento del mismo estuviera acogido o en condiciones de acogerse al citado plan⁸¹⁷. Finalmente, se optó por sustituir la expresión “...al menos el 90 por ciento...” por “...la totalidad...”, que es la que ha permanecido en la redacción actual del art. 5 TRLPFP⁸¹⁸. Por otro, en la redacción del art. 5 del anterior RFPF se volvió a insistir en la posibilidad de admitir la constitución de planes pensados para colectivos específicos. Lo que se hacía era incorporar al art. 5 RFPF un nuevo apartado en el que se permitía que un plan pudiera integrar a una parte del colectivo empleado, siempre y cuando esta circunstancia estuviera refrendada por la negociación colectiva. Finalmente, se rechazó esta opción, a propuesta del Consejo de Estado, dado que no se estimó procedente que un plan pudiera acoger en exclusiva a uno de los grupos o sectores de empleados de la empresa, dejando fuera de él a otros, “ya que ello atentaría de forma radical al principio de no discriminación, el cuál, en cuanto tiene como principal sustentación la aplicación de determinados beneficios fiscales, crearía para los distintos elementos interesados en el plan parcial un privilegio carente de toda justificación”⁸¹⁹.

En la actualidad, el apartado 1º del art. 5.1.a) TRLPFP no ofrece ningún género dudas con respecto a la tacha discriminatoria que merecería un plan que tenga como objetivo acoger únicamente a un grupo concreto de empleados de la entidad promotora. Este criterio, además, ha sido confirmado jurisprudencialmente con ocasión de la adecuación al principio legal de no discriminación del plan de pensiones de Titulados Superiores de Hunosa. Así, la STS Cont.-Adm. 30 septiembre 2002 (RJ 2002, 9965) vino

⁸¹⁷ Vid. “Anteproyecto de Ley de regulación de los Fondos de Pensiones”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986, pp. 1027- 1039.

⁸¹⁸ Fue la Enmienda Núm. 102 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista la que, aprobada por mayoría, posibilitó este cambio (BOCG, Serie A, Núm. 7-5, 17 noviembre 1986, p. 48). Pese a ello, hay que recordar que hubieron enmiendas en la línea de flexibilizar el requisito general de la inclusión de la totalidad de la plantilla en el plan. Así, una de las más significativas fue la Núm. 136 del Grupo de Minoría Catalana en la que se proponía la redacción siguiente del art. 5.1, a) (segundo párrafo): un Plan del Sistema de empleo no será discriminatorio cuando tenga carácter general para la totalidad de la plantilla o para un grupo homogéneo de empleados en razón de su categoría laboral. Se entendía por este grupo que la exigencia de cobertura del 90 por ciento del personal empleado, supondría en la práctica, que muchas empresas especialmente medianas y pequeñas, no pudieran financiar un plan de pensiones que cubriera prácticamente la totalidad del personal, con lo que se impediría la cobertura progresiva de dicho colectivo a través de diferentes etapas. (BOCG, Serie A, Núm. 7-5, 17 noviembre 1986, p. 58).

⁸¹⁹ Dictamen Núm. 51.880/JR, de 1 de julio de 1988, emitido por el Consejo de Estado con motivo de la presentación del Proyecto de Reglamento de Planes de Pensiones de fecha de 15 de diciembre de 1987.

a entender que los planes que integren instituciones preexistentes a la Ley 8/1987, para acogerse al régimen jurídico que en ella se establece, han de estar abiertos a todos los trabajadores de la empresa promotora en los términos establecidos en el art. 5.1.a). El plan incluía únicamente como partícipes a los titulados superiores y asimilados que por contrato individual tuvieran concertadas prestaciones de previsión complementarias a las de la Seguridad Social. Esto llevó al Tribunal a considerar que aunque el plan fuera fruto de la transformación de una institución de previsión anterior y estuviera acogido a la disp. trans. 1ª de la anterior LPFP y la Orden Ministerial de 27 de julio de 1989, ello no le hacía sustraerse del principio de no discriminación proclamado en el art. 5.1.a) LPFP, ya que aún cuando el régimen previsto en la disp. trans. 1ª tenía como finalidad hacer posible la adaptación a la Ley de situaciones jurídicas nacidas con anterioridad para que, en el futuro, surtan sus efectos con arreglo a la nueva regulación, ello no permitía no tener en cuenta uno de los principios básicos de la institución de los planes.

Resulta claro, por tanto, este primer aspecto del principio no discriminación tal y como se describe en la actualidad en el TRLPFP y en el RFPF. Ahora bien, cabe plantear una última cuestión antes de abordar el requisito de la antigüedad en el acceso a un plan. Nos referimos a aquella interpretación por la cuál el principio de no discriminación no implicaría que los empleados de futura incorporación tuvieran que integrarse necesariamente en el plan⁸²⁰. Es decir, se estaría postulando, de este modo, que la referencia del legislador a la totalidad del personal empleado por el promotor debe ser entendida en un ámbito temporal de presente y, por tanto, vinculada al personal actual y no al de nuevo ingreso⁸²¹. Con esta interpretación, por tanto, tan sólo quedarían afectados por el sistema de previsión adoptado los empleados de la empresa existentes en el momento de su creación. No cabe estar de acuerdo con estos argumentos ya que se impone una visión reduccionista del principio de no discriminación limitando sus efectos a un momento temporal muy concreto. Más bien habría que estar de acuerdo con aquella otra que amplía la aplicación de este principio durante todo el período de vigencia del plan, abarcando, por tanto, al personal de nueva incorporación⁸²². Se recuerda, en este sentido, que los acuerdos o convenios colectivos pueden tener eficacia para todo el conjunto de los trabajadores y empresarios, abarcando a los trabajadores de

⁸²⁰ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 54.

⁸²¹ Entenderlo de otro modo supondría introducir “un elemento de aleatoriedad que impondría a las partes interesadas en el Plan, una limitación extraordinaria en su libertad de contratación y una asunción de compromisos futuros cuyo alcance no podría ser precisado en el momento de ser adoptados” (Dictamen Núm. 51.880/JR, de 1 de julio de 1988, emitido por el Consejo de Estado con motivo de la presentación del Proyecto de Reglamento de Planes de Pensiones de fecha de 15 de diciembre de 1987).

⁸²² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 60 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 376.

nuevo ingreso, sin que ello se haya considerado como limitador de la libertad de contratación colectiva (art. 82.3 ET)⁸²³. Es más, cabe recordar aquí la consideración de discriminatorio del convenio colectivo que excluía de su ámbito de aplicación a los trabajadores que hubieran ingresado en la empresa con posterioridad a una determinada fecha⁸²⁴. Asimismo, aún cuando la referencia normativa al acceso de la totalidad del personal empleado no se circunscribiría al momento de creación del plan, sino que se extendería a lo largo del período de vigencia, ello no supone que no se puedan introducir variaciones en las condiciones de acceso y de vinculación⁸²⁵.

Mayores problemas suscita, sin embargo, el segundo inciso del apartado 1º del art. 5.1.a) TRLPP y el párrafo 1º del art. 26.1 RFPF. Por un lado, se establece el requisito de la antigüedad como una condición potestativa que pueden imponer los sujetos negociadores del plan, en concreto, “cualquier plan del sistema de empleo podrá prever el acceso con una antigüedad inferior a dos años o desde el ingreso en la plantilla del promotor”. Por otro, durante bastante tiempo se consolidó una interpretación, sugerida por el Tribunal Supremo⁸²⁶, por la cuál no se consideraban indiferentes las condiciones de vinculación de trabajadores fijos y temporales. Es decir, se autorizaba el establecimiento de un trato diferenciado, que no discriminación, para cada una de esas situaciones⁸²⁷. Ambas cuestiones han sido objeto de atención doctrinal y respecto de ellas se han producido una serie de intervenciones normativas que han terminado de perfilar el principio de no discriminación en el momento del acceso al plan de los empleados partícipes.

a) El requisito de la antigüedad del personal empleado en la empresa promotora y su cómputo

En relación a la imposición de un tiempo mínimo de servicios en la empresa promotora (*waiting period*, en la terminología anglosajona) como requisito ineludible para adquirir la condición de partícipe de un plan de pensiones del sistema de empleo habría que recordar brevemente la configuración que se hacía del mismo en la ya derogada LPFP antes de abordar su regulación actual. Por lo pronto, la exigencia de una antigüedad en la empresa no estaba prevista en el Anteproyecto de Ley de Regulación de los Fondos de Pensiones. Sin embargo, se estableció finalmente un

⁸²³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 60.

⁸²⁴ STCT 25 febrero 1986 (*RJ* 1986, 1342). Resulta aceptado la aplicabilidad del convenio colectivo a todos los trabajadores incluidos en la correspondiente unidad, aunque sus contratos hubieran sido celebrados después de la firma de dicho convenio [STSJ Castilla y León 17 diciembre 2002 (*AS* 2003, 6339)].

⁸²⁵ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 376.

⁸²⁶ SSTS 26 enero 1993 (*RJ* 1993, 270) y 15 julio 1998 (*RJ* 1998, 6525). En el mismo sentido, la SAN 18 febrero 2003 (*J* 2003, 1301).

⁸²⁷ SEGALÉS FIDALGO, J.: “El contenido del principio de no discriminación...”, *op. cit.*, p. 90.

tiempo de permanencia en la entidad promotora antes de poder integrarse en el plan. El párrafo 3º del art. 5.1.a) de la anterior LPFP era claro al respecto al señalar que un plan del sistema de empleo no sería discriminatorio cuando la totalidad del personal empleado por el promotor con, por lo menos, dos años de antigüedad, esté acogido o en condiciones de acogerse al citado plan. Pese a ello, este requisito se suavizó por vía reglamentaria al preverse la posibilidad de que el plan pudiera incorporar a “empleados con antigüedad inferior a los referidos dos años” (art. 5.1, párrafo 2º RD 1307/1988).

De esta configuración legal y reglamentaria del principio de no discriminación se deducía, en buena lógica, un aspecto negativo de importantes efectos prácticos. Y era la posibilidad de poder excluir del plan a una parte del colectivo empleado, en concreto, el referido a aquellos trabajadores que no alcanzasen los dos años de antigüedad⁸²⁸. Aún cuando la previsión del anterior RFPF pudiera producir efectos positivos permitiendo el acceso al plan de aquellos con una antigüedad inferior a los dos años⁸²⁹, lo cierto es que esta posibilidad se dejaba en manos de las partes negociadoras del plan, con lo que dependía de éstas el que tal exigencia se impusiera o no. De esta forma, el sistema legal amparaba la constitución de planes que no se extendieran subjetivamente a todo el personal de la empresa, pudiendo dejar fuera del mismo a los trabajadores temporales.

Esta situación se agravó todavía más con ocasión de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en la STS 3 marzo 1999 (*RJ* 1999, 1978). En ella se declaraba ilegal el segundo párrafo de la letra a), del apartado 1º, del art. 5 del anterior RFPF porque se consideraba que la Ley 8/1987 exigía para integrarse en el plan que los trabajadores tuvieran al menos dos años de antigüedad, de lo que se deducía que la norma lo que permitía era exigir más de dos años, pero no menos (FJ 7). Con la desaparición de la posibilidad de flexibilizar el requisito de la antigüedad, tal y como se preveía en el precepto derogado, se volvía a la rigidez del texto legal y, por tanto, a la consideración del requisito de la antigüedad como un mínimo imperativo.

Esta particular exégesis del párrafo 2º del art. 5.1 del anterior RFPF realizada por el Tribunal Supremo resultaba insatisfactoria a efectos de una correcta valoración de la incidencia del principio de no discriminación en el ámbito de los planes del sistema de empleo. Se consideraba, como hemos

⁸²⁸ Esta posible exclusión de los empleados con una antigüedad inferior a los dos años podía incidir en una desprotección de los colectivos de trabajadores más desfavorecidos. De manera que la segmentación laboral del mercado de trabajo podía suponer también una segmentación selectiva del colectivo protegido por los mecanismos de protección social complementaria. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 59.

⁸²⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario...”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, p. 1013 y REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 245.

tenido ocasión de ver, que el requisito de la antigüedad descrito en la anterior LPFP era una exigencia mínima, en el sentido de que las partes negociadoras de un plan podían acordar una ampliación del período de tiempo de servicios necesario para poder acceder al sistema de previsión negociado, pero nunca reducirlo por debajo de los dos años. Esta interpretación, derivada de la vinculación que se hacía de la expresión “la totalidad del personal” con la otra que decía “con, por lo menos, dos años de antigüedad”, no parecía reflejar adecuadamente el interés del legislador por hacer de la no discriminación un principio básico presente en el esquema de organización y funcionamiento de los planes. Sin entrar aún en los inconvenientes del requisito de la antigüedad como criterio de acceso a un sistema privado de pensiones de empleo, se quiere resaltar en este momento como de la concreta postura mantenida por el Tribunal Supremo se deducía la exclusión de una parte significativa de la población trabajadora de las empresas que hubieran decidido crear un plan. Reténgase que de haberse mantenido esta posición se hubieran visto excluidos de estos mecanismos de previsión un número importante de empleados que a día de hoy siguen teniendo un contrato de naturaleza temporal. Precisamente, y aunque con deficiente técnica jurídica⁸³⁰, era esta situación la que trataba de paliar, tan sólo en parte, el párrafo 2º del art. 5.1 del anterior RPPF, permitiendo por esta vía la ampliación del alcance subjetivo de los planes de pensiones del sistema de empleo al posibilitar la entrada de colectivos con contrato de reducida duración⁸³¹. Por ello, aún cuando esta posibilidad introducida por el RPPF pudiera no tener un encaje jurídico adecuado en la redacción dada por la LPFP al art. 5.1.a), con respecto al real juego del principio de no discriminación se imponía una visión menos restrictiva del requisito de la antigüedad como condición de acceso al plan. Si se consideraba no discriminatoria la exigencia de dos años, lo lógico hubiera sido que en atención a la situación de nuestro mercado de trabajo se admitiera del mismo modo el que las partes negociadoras pudieran exigir una permanencia previa menor en la empresa⁸³².

⁸³⁰ Como indica ROMERO BURILLO, “una interpretación negativa del contenido del segundo párrafo del art. 5 RPPF, lleva a poder afirmar que a través de este precepto se permitía que ciertos empleados y no todos –como también podría prever un plan haciendo una interpretación positiva de este mismo párrafo–, pudieran adquirir la condición de partícipes sin necesidad de contar con una antigüedad mínima de dos años, diferenciación que no se fundamenta en ningún criterio concreto, por lo que se dejaría al antojo de quién se encargue de la formulación del Plan de Pensiones la fijación de dichos criterios, lo cual, a nuestro parecer, podría llevar a importantes agravios comparativos con el resto de empleados de la empresa carentes de justificación y que, por tanto, podrían ser contrarios al principio de no discriminación” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 232-233).

⁸³¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario...”, *op. cit.*, p. 1013

⁸³² Para SUÁREZ CORUJO, “la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones como criterio hermenéutico comúnmente aceptado, había de llevarnos a concluir que los dos años eran el tiempo máximo exigible; cualquier otra regulación había de ser más favorable para los trabajadores” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 380).

Precisamente, con la nueva redacción dada al art. 5.1, a) Ley 8/1987 a través de la Ley 24/2001, luego incorporada al texto del TRLPFP, se tuvieron en cuenta estas consideraciones dado que, aunque no se hiciera desaparecer el requisito de la antigüedad, se permitió que los planes pudieran prever “el acceso de empleados con una antigüedad inferior a los referidos dos años o desde el ingreso en la plantilla del promotor”. El cambio en el sentido de las críticas indicadas era evidente puesto que, aunque continuábamos ante una situación de libre disposición para las partes a la hora de fijar ese límite temporal para el acceso al plan de pensiones, la exigencia de la antigüedad dejaba de ser un período mínimo a partir del cuál poder ampliarlo, para pasar a ser un período máximo por encima del cuál no cabía limitar el acceso al plan. Se abandonaba definitivamente el criterio del Tribunal Supremo por el que se impedía, sin excepción alguna, la inclusión de trabajadores con una antigüedad inferior a los dos años y se acogían de este modo las propuestas de la doctrina en favor de la consideración del requisito de la antigüedad como una exigencia facultativa y como un período de permanencia máximo⁸³³. Pero también con esta reforma se tenía en cuenta la experiencia negociadora llevada a cabo en materia de planes de pensiones del sistema empleo, ya que gran parte de éstos venían exigiendo como requisito de acceso un tiempo de servicios en la empresa inferior a los dos años⁸³⁴ o, incluso, la adquisición de la condición de partícipe directamente desde el ingreso en la plantilla⁸³⁵.

⁸³³ CC. OO.: *La exteriorización de los compromisos...*, op. cit., p. 46; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario...”, op. cit., p. 1013 y SEGALÉS FIDALGO, J.: “El contenido del principio de no discriminación...”, op. cit., p. 91.

⁸³⁴ Así, el *Reglamento del Plan de Pensiones Cementos Molins, S.A.*; el *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los Empleados de la Autoritat Portuària de Barcelona* (junio 1997); el *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los Empleados de la Autoridad Portuaria de Tarragona* (Enero 1998) y el *Reglamento de Especificaciones Plan de Pensiones de Empleo Universidad de Cádiz* exigían una antigüedad mínima de un año. Por otra parte, el *Reglamento del Plan de Pensiones Elkarkidetza-(Institución)* que exigía seis meses de antigüedad para acceder a la condición de partícipe, o el *Reglamento del Plan de Pensiones de los Trabajadores del Ente Público Radio Televisión Española* (Abril 2000) que establecía un período de dieciocho meses dentro de los dos últimos años. Por último, otro grupo de Reglamentos venían exigiendo la superación del período de prueba, en concreto: *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Octubre 2000); *Reglamento del Plan de Pensiones Autobuses de Córdoba, SAM* (Septiembre 2000); *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Transports de Barcelona, S.A.* (3 Junio 1999); *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002) y *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Banco de España* (11 Diciembre 2001).

⁸³⁵ Al respecto, véanse las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA* (18 Marzo 2002); las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)* (1 Enero 2000); las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones para los Empleados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (Ibercaja)* (31 Octubre 2001); el *Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A.*; las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Agribands Europe-España, S.A.*; el *Plan de Pensiones Alcoa Inespal* (Octubre 2001); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002); el *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Tubos del Mediterráneo, S.A.*; las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002), *Reglamento del Plan de Pensiones del Grupo Estrella*; el *Reglamento del Plan de Pensiones de Iberdrola Grupo* (29 Mayo 1998), el *Reglamento del Plan de Pensiones Repsol Comercial de Productos*

Asimismo, este cambio se adecuaba mejor a las exigencias del ordenamiento comunitario en materia de movilidad de los trabajadores, así como también a lo previsto por otros países de nuestro entorno⁸³⁶.

Se orienta, por tanto, la regulación actual por una línea flexibilizadora al permitir que los sujetos constituyentes de un plan puedan exigir un tiempo de permanencia previa en la empresa promotora inferior a los dos años o, incluso, autorizar el acceso al plan desde el ingreso en la plantilla, posibilidad que se reproduce literalmente en el párrafo 1º del art. 26.1 RPPF. Pero es que además esta nueva dirección adoptada se decanta por introducir dos criterios específicos a la hora de computar la antigüedad del empleado con el promotor con la finalidad de facilitar el acceso a los regímenes complementarios de base profesional de los trabajadores con contratos de corta duración o de aquéllos que se ven inmersos en un proceso de sucesión de empresas. Así, se trata de dos importantes previsiones contenidas en los párrafos 3º y 4º del art. 26.1 RPPF, las cuáles merecen un comentario por separado.

La primera medida impone al sistema-plan determinar la antigüedad de dos años máxima exigible para el acceso al plan desde el ingreso en la plantilla del promotor bajo cualquier modalidad de contrato laboral (párrafo 3º). Estamos, por tanto, ante una limitación expresa a la autonomía privada, la cuál deberá tener en cuenta esta previsión a la hora de configurar las condiciones para la integración de los partícipes en el plan. Con esta nueva regla aplicable al cómputo de la antigüedad parece tenerse en cuenta un aspecto de indudable incidencia práctica en lo que a los requisitos de acceso a un plan se refiere. En concreto, con esta medida se quiere paliar la situación de un número importante de trabajadores que se ven inmersos en alguna de las siguientes situaciones: o bien se encuentran ocupados con cierta continuidad, pero en distintas empresas, no pudiendo alcanzar la antigüedad mínima exigida para poder acceder al plan; o bien, se trata de trabajadores que son contratados temporalmente por el mismo empresario pero sin poder completar los dos años de antigüedad ininterrumpidos⁸³⁷. Precisamente, el párrafo 3º del art. 26.1 RPPF toma en cuenta las posibles intermitencias que se pueden producir en la carrera laboral de los trabajadores temporales, exigiendo que el cómputo del tiempo de

Petrolíferos, S.A. (Noviembre 2000); el *Reglamento de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de EMTUSA* y las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A., EMASESA* (9 Julio 2001).

⁸³⁶ En general, los sistemas de previsión empresariales en el ámbito europeo exigen algún tipo de período de espera para poder tener derecho a participar en aquéllos. No obstante, la tendencia de gran parte de ellos es cada vez más a establecer condiciones (de edad y de espera) menos restrictivas. Un análisis comparativo de éstos se puede encontrar en TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de pension...*, *op. cit.*, p. 153. Por lo demás, en Estados Unidos no se puede excluir, de manera general, el acceso al plan del empleado que haya cumplido 21 años o haya completado 1 año de trabajo [ERISA 2002 (a) (1) (A)].

⁸³⁷ Este inconveniente ya fue apuntado por GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Los Planes y Fondos...", *op. cit.*, p. 98.

permanencia del personal se haga desde la primera contratación, aún existiendo períodos de inactividad entre las diversas contrataciones⁸³⁸. Se está, en este caso, ante un supuesto que se conecta con lo previsto en algunos reglamentos de planes de pensiones a efectos del cómputo de la antigüedad necesaria para alcanzar la condición de partícipes del plan. Así, se prevé el reconocimiento de la prestación de servicios realizada en otra empresa del grupo⁸³⁹ o en otras empresas que guarden algún vínculo societario con la entidad promotora del plan⁸⁴⁰.

La segunda regla a tener en cuenta en el cómputo de la antigüedad es la prevista en el párrafo 4º del art. 26.1 RPFPP en la que se establece que “en caso de ingreso en la plantilla por subrogación de éste en las relaciones laborales de otra empresa, se computará la antigüedad del trabajador en la empresa cedente a efectos de poder acceder al plan de pensiones”. Estamos ante una medida que resulta ser una proyección de los efectos previstos por el art. 44 ET en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo, lo que significa que el nuevo titular asume la posición, activa y pasiva, del precedente titular de las relaciones laborales en que ésta era parte, permaneciendo inalteradas las condiciones de trabajo que integraban el estatuto del personal afectado, entre ellas la antigüedad.

b) La modalidad del contrato laboral y su incidencia en el acceso al plan

La búsqueda de alguna referencia al tipo de vinculación laboral entre el partícipe y el promotor de un plan a efectos del establecimiento de algún requisito de acceso diferenciado resulta infructuosa en el actual TRLFP, siéndolo también en la anterior LPFP. Tan sólo se establece, como ya se ha comentado, la posibilidad de limitar hasta dos años el derecho de participar en el sistema de previsión adoptado, aplicándose esta exigencia a todos los empleados que no cuenten con el período de permanencia exigido, independientemente del tipo de relación de trabajo que les una al empleador, de modo que tanto fijos como temporales podrían ver restringido su acceso al plan. Esto significa, en consecuencia, que la normativa reguladora de los planes de pensiones no autoriza, en principio, a

⁸³⁸ ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 83.

⁸³⁹ Ejemplo de ello es el art. 5 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Butano, S.A.* que requiere para ser partícipe del Plan de Pensiones la condición previa de empleado del Promotor con, al menos, dos años de antigüedad en el Empresa, efectiva o reconocida por proceder de otra empresa del Grupo Repsol S.A. En idéntico sentido, el art. 5 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de Repsol Química*.

⁸⁴⁰ Es ilustrativo el supuesto del *Plan de Pensiones del Sistema de Empleo y de la Modalidad de Aportación Definida de “Asland, Sociedad Anónima”* que en el número 1 de su Sección II indica que la antigüedad de dos años, necesaria para adquirir la condición de partícipe del Plan, se podrá acreditar en cualquiera de las siguientes empresas: “Asland, Sociedad Anónima”; “Asland Cataluña y del Mediterráneo, Sociedad Anónima”; “Cementos Asland, Sociedad Anónima”; “Asland Tecnología, Sociedad Anónima; y “Compañía Internacional de Investigación y Ensayo, Sociedad Anónima”.

realizar distinción alguna a la hora de establecer los requisitos de acceso a un plan en función de la modalidad contractual⁸⁴¹.

Esta interpretación del alcance del principio no discriminación, no admitida por nuestros Tribunales como se verá, parece confirmarse en la actualidad a tenor de lo dispuesto por el párrafo 3º del art. 26.1 RFPF. Del mismo se desprende que para determinar la antigüedad exigible, dos años como máximo, a efectos de la integración de un partícipe en un plan de pensiones deberá tenerse en cuenta el tiempo transcurrido “desde el ingreso en la plantilla del promotor bajo cualquier modalidad de contrato laboral”. La alusión al tipo de vínculo entre partícipe y promotor es contundente en el nuevo RFPF, de modo que de exigirse un período de permanencia previo en la empresa para poder adquirir la condición de partícipe resultará indiferente la modalidad de contratación. Así, el art. 26.1, párrafo 3º RFPF no admite que el criterio de la antigüedad se pueda modalizar en función del vínculo laboral, prohibiendo la inclusión de condiciones específicas referidas al tiempo de servicios previos del trabajador en la empresa que únicamente resulten aplicables, por ejemplo, a los trabajadores temporales⁸⁴².

Hay que pensar, por otra parte, que este cambio normativo guarda perfecta coherencia con la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada⁸⁴³ ya que en la misma se prevé que “los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que los criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas” (Cláusula 4ª, Apart. 4º). Del texto legal comunitario resulta indudable la proyección de este tratamiento igualitario entre los trabajadores temporales y fijos en la protección social complementaria⁸⁴⁴, ya que el precepto mencionado se

⁸⁴¹ En la práctica, sin embargo, y en lo que se refiere a otros ordenamientos, la modalidad del vínculo contractual ha servido para dificultar enormemente (cuando no para excluir) el acceso a los sistemas de previsión empresariales. En el caso del Reino Unido, la naturaleza del empleo, especialmente de los trabajadores a tiempo parcial, sirvió para excluir alrededor de 3,2 millones de estos trabajadores (DAVIS, E.: *Pension Funds...*, *op cit.*, pp. 108-109). En Estados Unidos, la aprobación de la Retirement Equity Act (1984) no ha servido, en bastantes casos, para frenar la tendencia de los planes de pensiones a ensanchar las diferencias entre los trabajadores, señaladamente en función de su jornada de trabajo [GHILARDUCCI, T.: *Labor's capital. The economics and politics of private pensions*, Cambridge (Massachussets), The MIT Press, 1992, pp. 62-63].

⁸⁴² Aplauda esta medida ROMERO BURILLO, que considera que “con la nueva regulación que nos ofrece el RFPF del principio de no discriminación se eliminan las distinciones a las que podía dar pie la anterior regulación en función del vínculo contractual” (“El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 83).

⁸⁴³ DOL núm. 175, 10 julio 1999.

⁸⁴⁴ MORÓN PRIETO, R.: “La regulación comunitaria de la contratación temporal (Comentario a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada)”, *Temas Laborales*, núm. 55, 2000, p. 165.

puede interpretar en el sentido de que no será posible establecer un criterio temporal de entrada a un sistema de previsión social distinto para los trabajadores temporales. De exigirse un período previo de permanencia en la empresa antes de poder integrarse como partícipe en el plan se aplicará por igual a los empleados fijos y a los eventuales.

Por tanto, esta nueva previsión va a resultar trascendental en los instrumentos de previsión que se creen *ex novo* dado que de exigirse algún tiempo de permanencia en la empresa el plan no va a poder eximir del cumplimiento de este requisito a los contratados por tiempo indefinido. Esto, que hoy se afirma de forma tan tajante, no ha sido la doctrina mantenida por nuestros Tribunales. La práctica negocial evidenciada en materia de mejoras voluntarias gestionadas con fondos internos mostraba, en algunos casos, unas desigualdades de trato fundadas en el carácter del vínculo laboral, especialmente respecto a los contratos temporales, a lo que los juzgadores daban respaldo jurídico al no considerar un trato discriminatorio el negarles el acceso a determinadas materias objeto de contratación colectiva, entre ellas las mejoras de prestaciones. Esta doctrina se consolidó con el tiempo trasladándose, modalizada, al ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo.

Los argumentos utilizados por la doctrina jurisprudencial se remontan a las primeras interpretaciones realizadas por el Tribunal Central del Trabajo condenando la discriminación que en materia de condiciones de trabajo podía originarse como consecuencia de la exclusión de los trabajadores temporales de la aplicación de la normativa que se contiene en un convenio colectivo⁸⁴⁵. Consideraba inicialmente el TCT que en una unidad de negociación no podía excluirse a trabajadores que prestaran su actividad para ella, aunque fuera con contratos temporales⁸⁴⁶, de modo que debían calificarse como nulos los pactos colectivos que no incluían a trabajadores eventuales y fijos discontinuos, a interinos y a tiempo parcial, o aquellos que reservaban un incremento salarial únicamente a los trabajadores fijos de plantilla. En este sentido, la finalidad del TCT era poner freno a la exclusión arbitraria del ámbito temporal del convenio de aquéllos trabajadores que estuvieran ligados a la empresa por alguna de las modalidades de contratación temporal⁸⁴⁷. Ahora bien, de esta doctrina

⁸⁴⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Las condiciones de trabajo en los convenios colectivos y el principio de la no discriminación (I y II)”, *Actualidad Laboral*, Tomo II, 1987, pp. 2457-2471 y 2505-2514.

⁸⁴⁶ STCT 29 agosto 1983 (*RJ* 1983, 7308).

⁸⁴⁷ Como indica BAYLOS GRAU, “en la doctrina del TCT ha influido desde luego el hecho de que el convenio colectivo estatutario tiende, por su propia configuración, a aplicarse a la totalidad de los trabajadores de la empresa y a constituir la norma de referencia para todo el ámbito funcional o territorial del mismo, pero también una consideración del principio de no discriminación como prohibición de la diferencia de trato arbitraria, no fundada en motivos razonables y objetivos (...)” (“Trabajo temporal y no discriminación”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1987, p. 430).

jurisprudencial no se desprendía necesariamente que los trabajadores eventuales, una vez incorporados al convenio colectivo, no pudieran ser excluidos del disfrute de determinadas materias respecto de las cuales se pudiera exigir una determinada antigüedad o tener la condición de fijos de plantilla. En efecto, para el TCT las condiciones ordinarias de trabajo debían ser perfectamente aplicables por igual a todos los trabajadores, por lo que suponía la existencia de discriminación el excluir a un determinado colectivo de su disfrute⁸⁴⁸, pero otra cosa eran aquellas cuestiones que “por su propia esencia, sólo son alcanzables para los trabajadores fijos, como premios de vinculación, cláusulas de acción social relativas a mejoras de prestaciones, adscripción a fondos de pensiones u otras similares”⁸⁴⁹.

Esta doctrina fue asumida por los Tribunales Superiores de Justicia al interpretar del mismo modo las cláusulas contenidas en los convenios en las que tan sólo se permitía el disfrute de determinados beneficios sociales a determinados trabajadores, con exclusión de otros⁸⁵⁰. Se llegaban a repetir, incluso, los argumentos que servían para justificar un trato diferenciado en función de la modalidad contractual. Así, como ejemplo, la STSJ Madrid 5 diciembre 1989 (*AS* 1989, 3123) consideraba lícito que el Convenio Colectivo de empresa pudiera incluir cláusulas que por su propia esencia sólo fueran aplicables al personal fijo, cómo los premios de vinculación, mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, invalidez, etc., inalcanzables para el personal eventual, ligado por contratos de corta duración; respecto de estas materias no resultaba anómala la exclusión del personal eventual del ámbito del Convenio, pues la propia realidad de las cosas lo justifica (...) por lo que no existe discriminación de clase alguna...”.

¿Era esta doctrina aplicable a los planes de pensiones del sistema de empleo? Por lo pronto, la exclusión de un determinado colectivo, para nuestro caso de los contratados temporalmente, era imposible tal y como se comentó en otro lugar. El art. 5.1.a) exigía de todo plan de pensiones que garantizara el acceso al mismo de cualquier persona física que reuniera las condiciones de vinculación o de contratación. No cabía, como ya se dijo, la posibilidad de rechazar la integración a un plan del colectivo de trabajadores eventuales, si éstos cumplían con los requisitos establecidos por el sistema protector para su integración. Otra cosa es que el plan imposibilitara en la práctica el acceso de los contratados de forma temporal al imponerse un requisito de permanencia en la empresa, cuestión que se abordará a continuación en otro punto. Legalmente, por tanto, no cabía ninguna duda de la consideración como discriminatorio de cualquier plan

⁸⁴⁸ STCT 23 noviembre 1983 (*RJ* 1983, 10370).

⁸⁴⁹ STCT 29 agosto 1983 (*RJ* 1983, 7308).

⁸⁵⁰ Sobre este particular, véase YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias...*, op. cit., pp. 324-325.

que pudiera excluir a un determinado grupo de trabajadores, entre ellos, los eventuales. Pero es que en el caso de las mejoras voluntarias cabía decir lo mismo, pese a la doctrina jurisprudencial, ya que los supuestos de trato diferenciado por razón del contrato, especialmente respecto de aquéllos en los que quedaban excluidos los trabajadores temporales, merecían igual juicio de reproche al no quedar probado el motivo objetivo y razonable que sustentaba tal diferenciación⁸⁵¹.

Cabe preguntarse entonces en qué sentido se ha trasladado la doctrina jurisprudencial comentada al ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo. Y así, hay que hacer notar que la continuidad que cabe apreciar en las decisiones jurisprudenciales anteriores y las que acontecen con posterioridad en materia de planes trae causa de la diferenciación en el acceso de los trabajadores temporales y fijos prevista en las especificaciones de algunos de los planes negociados. En concreto, algunos reglamentos de planes establecían que el requisito de permanencia mínima sólo fuera de aplicación a los trabajadores temporales y no a los indefinidos⁸⁵². La introducción de un trato diferenciado de esta naturaleza no estaba previsto legalmente, únicamente cabía establecer el cumplimiento de una determinada antigüedad como condición para la plena integración de los empleados al plan. De este modo, la exigencia a unos y no a otros de una determinada antigüedad iba a merecer, tarde o temprano, una interpretación de su compatibilidad con el principio de no discriminación.

⁸⁵¹ GALLARDO MOYA, R.: “Las mejoras voluntarias...”, *op. cit.*, p. 479. Para YANINI BAEZA el trato diferenciado para que sea no discriminatorio deberá ponerse en relación con la funcionalidad de la mejora voluntaria. Y así, podría admitirse “el carácter no discriminatorio de la mejora establecida para los trabajadores fijos de la empresa como complemento de la jubilación, incluso también la mejora articulada mediante el seguro de vida en su modalidad de vida entera para el caso de muerte o bien en la de supervivencia, supuestos todos ellos en los que el seguro de vida se establece esencialmente en atención a un prolongado mantenimiento de la relación aseguradora que, por su propia naturaleza, queda excluido de los supuestos de contrataciones temporales. Por contra los tintes discriminatorios son evidentes cuando la exclusión de trabajadores no fijos o eventuales, se realiza respecto del seguro de vida para el caso de muerte durante la permanencia de la relación laboral, y más aún cuando se refiere al seguro de accidentes o de accidentes de trabajo. Se trata de supuestos de aseguramiento, los más habituales (...) en los que la temporalidad de la relación laboral no justifica de modo suficiente (...) su exclusión del ámbito del seguro, y que por tanto hay que considerar como discriminatorios...” (*Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 325).

⁸⁵² Como ejemplos: *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de la Diputación General de Aragón* (29 Octubre 2001); las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002); el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S.A.* (1 Enero 2001); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Mahou, S.A.* (Agosto 2001); el *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica Servicios Móviles, S.A.* (12 Diciembre 1996); el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Grupo Hidrocantábrico* (Diciembre 2002); el *Reglamento del Plan de Pensiones de la Diputación Provincial de Huelva* (Octubre 1999); el *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Ayuntamiento de Sánlucar de Barrameda*; el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo del Ilustre Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana*; el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo del Ayuntamiento de Picassent*; el *Reglamento del Plan de Pensiones del Excmo Ayuntamiento de Santa Pola* y las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra* (Diciembre 2002).

En otros términos, el trato diferenciado contemplado en el acceso al plan en función del vínculo laboral exigía que se pusiera de manifiesto la existencia de un fundamento objetivo y razonable que sustentara este proceder. Al final la valoración del alcance del principio de no discriminación en estos supuestos de trato diferenciado llegó por vía judicial con ocasión de la STS 26 enero 1993 (*AS* 1993, 270) que confirmaba en casación la SAN 3 julio 1991 (*AS* 1991, 4163). Y aquí es, precisamente, donde cabe apreciar esa suerte de continuidad entre la doctrina jurisprudencial sentada con ocasión de la exclusión de determinados colectivos del disfrute de mejoras de prestaciones objeto de contratación colectiva y la que a continuación se comentará, ya que ambas revelan una opinión idéntica en favor de la justificación de las diferencias de trato en el ámbito de la previsión social complementaria según la modalidad contractual.

Y así, la primera de las sentencias que se ocupa de este aspecto, la de 26 enero 1993 va a considerar como un criterio razonable de distinción a efectos de acceso a un plan de pensiones del sistema de empleo el tipo de vinculación a una empresa mediante contrato temporal o por tiempo indefinido. Entiende el Tribunal Supremo que no puede resultar indiferente la modalidad de la relación de trabajo en el ámbito de los planes de pensiones ya que éstos se configuran como instrumentos de ahorro a largo plazo en los que cuentan significativamente las previsiones de duración del vínculo contractual (FJ 3, párrafo 3º). En definitiva, “la exigencia prevista en la regulación del plan de pensiones de los empleados del Banco Exterior de España de vinculación mediante un contrato por tiempo indefinido para la exención del requisito del período de espera de dos años no supone discriminación para los trabajadores temporales, que en su caso podrán acceder al plan desde el mismo momento en que se conviertan en fijos, y en igualdad de condiciones que éstos desde ese mismo día” (FJ 3, párrafo 5º). Los siguientes pronunciamientos van a repetir el esquema argumentativo ofrecido por la citada sentencia. Es el caso de la SAN 18 febrero 2003 (*J* 2003, 1321) en la que se reproducen las consideraciones hechas en la anterior, admitiendo que es posible la no exigencia de los dos años de antigüedad o de otro tipo a los trabajadores contratados de forma indefinida en base a la calificación del plan como un instrumento de ahorro a largo plazo en el que resulta trascendental desde el punto de vista financiero la perdurabilidad del vínculo contractual (FJ 3, párrafo 2º).

- c) Valoración jurídico-crítica del alcance del principio de no discriminación en el acceso a un plan de pensiones del sistema de empleo

Después de analizar el principio de no discriminación desde un plano meramente descriptivo, de ofrecer su tratamiento normativo y de poner de

manifiesto las elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales vertidas sobre esta cuestión, es el momento de realizar una valoración de conjunto de la aplicación del citado principio en el ámbito de los planes de pensiones profesionales. Y en este sentido, se puede avanzar que el resultado que arroja este análisis es ambivalente. Por un lado, hay que considerar como enormemente positivo el que desde la regulación legal se prohibiera la creación de planes de pensiones que tuvieran como único objetivo atender las necesidades de previsión de grupos concretos de empleados. La regla por la cuál el plan debe afectar de modo general a la totalidad de los empleados, evitando una eventual segregación de colectivos, resulta cuanto menos una solución satisfactoria dado que con ello se intenta erradicar anteriores sistemas de protección pensados para grupos homogéneos de trabajadores, entre ellos el personal directivo o técnico. Lo mismo cabe decir con respecto a la dirección flexibilizadora adoptada a través del RFPF. La menor rigidez con que se contempla el requisito de la antigüedad como condición de acceso al plan y las reglas de cómputo de la misma resultan claramente favorecedoras de una mayor extensión subjetiva de estos instrumentos de previsión de carácter privado.

Pero, por otro lado, sigue siendo especialmente negativo el mantenimiento en la normativa reguladora de los planes de pensiones del sistema de empleo de un período de permanencia previa en la empresa promotora a efectos de la integración del partícipe en el plan, y ello aún cuando el apartado 1º del art. 5.1.a) TRLFPF deje en manos de las partes negociadoras del plan el establecimiento de algún tipo de período de espera antes de que el empleado pueda adquirir la condición de partícipe⁸⁵³. Precisamente, este criterio temporal debe ponerse entredicho a través del análisis de las implicaciones que el mismo tiene respecto del principio de no discriminación. Sigue pensando el legislador que la exclusión por razón de una escasa antigüedad no es en sí misma discriminatoria siempre que sea inferior a dos años⁸⁵⁴, desconociendo dos aspectos que a continuación van a ser objeto de desarrollo: por un lado, que con este requisito se impide en la práctica el acceso a los planes de pensiones del sistema de empleo de los trabajadores con contratos de corta duración, lo que supone un tipo de discriminación indirecta; por otro, tratándose de una evidente diferencia de trato con respecto a los trabajadores fijos de plantilla no se aprecian fundamentos objetivos y razonables que la avalen, mucho menos si esta desigualdad trata de apoyarse en el sistema de funcionamiento de los planes.

⁸⁵³ No estamos de acuerdo con TAMBURI y CHASSARD que consideran normal que una empresa busque eliminar de la cobertura a largo plazo proporcionada por los planes/fondos de pensiones a los empleados que transitan por ella en cortos períodos de tiempo (*Fonds de pension...*, *op. cit.*, p. 153).

⁸⁵⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los Planes y Fondos...”, *op. cit.*, p. 98.

Con respecto a la primera cuestión, se ha puesto de manifiesto que la exigencia de una determinada antigüedad como condición de acceso a un plan profesional no puede resultar una medida neutral con respecto al principio no discriminación⁸⁵⁵. El establecimiento de un período de permanencia previa en la empresa de hasta dos años, tal y como permite el TRLPFP, antes de poder integrarse en el sistema de previsión adoptado va a tener una consecuencia indudable: la exclusión de los empleados con una antigüedad inferior a la requerida. Los efectos perniciosos de esta medida, por tanto, resultan evidentes, pero se agravan todavía más atendiendo a la estructura del empleo actual caracterizado por una creciente temporalidad. En efecto, el colectivo potencialmente afectado resulta lo suficientemente importante, de ahí que no sea indiferente el establecimiento de un tiempo mínimo de prestación de servicios con el promotor a efectos de la integración de los empleados en el plan. Por tanto, el criterio temporal no deviene en un factor favorecedor de la ampliación del ámbito de aplicación de los sistemas privados de pensiones⁸⁵⁶, al contrario se incide en la desprotección de los colectivos de trabajadores más desfavorecidos, trasladando los efectos de la segmentación laboral al ámbito de los mecanismos de protección social complementaria⁸⁵⁷.

Por otra parte, aún cuando las reglas de cómputo de la antigüedad introducidas por el RFPF a través del art. 26.1, párrafos 3º y 4º pueden paliar esta exclusión de los trabajadores temporales, ello no significa que vayan a impedir en la práctica que un grupo importante de empleados no puedan disfrutar de los sistemas privados de pensiones. Piénsese en el supuesto de aquellos que tengan contratos de muy corta duración, en estos casos es probable que les resulte imposible poder completar en algún momento el período de permanencia previo exigido por el plan⁸⁵⁸, especialmente aquellos que cambien de forma continuada de empleador. En definitiva, la existencia de contratos temporales se manifiesta en la práctica como un elemento desincentivador de la participación en un plan de pensiones, ya que, de un lado, la propia incertidumbre tanto de las perspectivas de permanencia en la empresa como las de una posible recolocación y, de otro, la imposibilidad de rescate de las aportaciones

⁸⁵⁵ Vid., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario...”, *op. cit.*, p. 1027; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, pp. 170-171; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los planes y fondos...”, *op. cit.*, p. 98 y REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 246.

⁸⁵⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los Planes y Fondos...”, *op. cit.*, p. 98.

⁸⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, pp. 170-171.

⁸⁵⁸ Como muestra se puede consultar la SAN 18 febrero 2003 (J 2003, 1321) en la que se deja constancia de como 600 trabajadores de la empresa demandada, que prestaban servicios como contratados temporales, no convertidos en fijos, o que hubieran prestado servicios para la empresa, con el mencionado carácter temporal, por menos de dos años quedaban fuera del sistema de previsión social.

efectuadas llevan a la falta de estímulos a la hora de acceder a un plan determinado⁸⁵⁹.

Hay que recordar, además, que el perjuicio que se ocasiona a los trabajadores eventuales es doble dado que, con toda probabilidad, el establecimiento de un plan de pensiones en la empresa puede tener una incidencia directa en los niveles retributivos de los empleados como contrapartida a las aportaciones comprometidas por el promotor. En el caso de los trabajadores fijos la creación del plan puede compensar la moderación salarial pero no en el supuesto de los contratados temporalmente, lo cuáles van a sufrir una doble desventaja, de un lado, la exclusión del plan, de otro, las consecuencias negativas en el plano retributivo que el mismo conlleva⁸⁶⁰.

Vista, por tanto, como la limitación temporal en el acceso a un plan conlleva un trato desigual entre los trabajadores fijos y temporales habría que analizar en este momento la segunda de las cuestiones planteadas con anterioridad: la existencia o no de fundamentos objetivos, razonables y proporcionados que puedan sustentar esta diferenciación que se produce en la práctica. El estudio de este aspecto debe partir, en primer lugar, de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 49/1990, de 26 de marzo y 5/1994, de 17 de enero con respecto a la efectividad del principio de no discriminación en la protección social complementaria. Aún cuando ambas venían referidas a la distinta configuración que daban determinadas Mutualidades a las prestaciones de viudedad por ellas concedidas frente a las otorgadas por los regímenes legales obligatorios, las consideraciones realizadas por el TC resultaban del todo trasladables también al ámbito de los planes de pensiones.

Y así, la cuestión que se planteaba como principal era la de dilucidar el alcance que tenía el principio igualatorio del art. 14 CE en los niveles complementarios, ya que con anterioridad se había considerado como discriminatorio el exigir al viudo requisitos distintos para acceder a la pensión que los que exigía el ordenamiento para la viuda⁸⁶¹. Pues bien, el TC viene a establecer que la protección social complementaria no está vinculada del mismo modo por el principio de igualdad del art. 14 CE que los regímenes legales obligatorios, y ello porque una prestación complementaria asumida de forma voluntaria se rige por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas. De este modo, el principio igualatorio pierde intensidad en las prestaciones derivadas de un régimen complementario, por lo que el Reglamento de la Mutualidad, como institución de previsión libre y voluntaria, puede decantarse por ser más

⁸⁵⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Comentario...", *op. cit.*, pp. 1013-1014.

⁸⁶⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Los Planes y Fondos...", *op. cit.*, p. 98.

⁸⁶¹ SSTCO 103/1983, de 22 de noviembre y 104/ 1984 de 23 de noviembre.

restrictiva para el viudo en las complementarias y no generaría por ello una discriminación constitucionalmente prohibida⁸⁶².

Realmente, la interpretación que se hace del alcance y significado del art. 14 CE en el ámbito de las prestaciones complementarias está en consonancia con aquella otra de corte privatista del inciso final del art. 41 CE. Para el TC la prohibición de discriminaciones en la protección social de carácter voluntario, entre ellas las Mutualidades, pero también los planes de pensiones, no puede tener un radio de acción muy amplio en atención a lo señalado por el art. 41 CE⁸⁶³. Y ello porque al hacerse prevalecer una determinada visión del carácter libre de las prestaciones complementarias, la que las vincula necesariamente con la iniciativa privada, se está negando la posibilidad de extender los valores de la Seguridad Social básica, entre ellos, el de igualdad de trato, al ámbito de la protección social complementaria.

¿Cómo habría que interpretar, entonces, esta doctrina del TC en lo que al requisito de la antigüedad se refiere? De aceptar estas premisas sentadas por el TC resultaría enormemente difícil considerar el límite temporal contenido en el art. 5.1.a) TRLPFP como discriminatorio dado que de la doctrina constitucional se desprende la posibilidad de establecer en el ámbito de las prestaciones complementarias requisitos específicos de carácter restrictivo que en modo alguno van a ser interpretados desde el punto de vista del principio igualatorio del art. 14 con la misma exigencia que en los niveles legales obligatorios. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, habría que tener en cuenta otros aspectos de indudable trascendencia en lo que al principio de no discriminación se refiere. Por un lado, a la luz del principio igualatorio no deberían despreciarse los efectos que el límite temporal tiene en el ámbito de los planes de pensiones, esto es, la expulsión de los trabajadores eventuales de los sistemas protectores privados. Por otro lado, habría que tener en cuenta el sistema de organización y funcionamiento de los planes a la hora de enjuiciar el carácter objetivo y razonable del requisito de la antigüedad como forma de acceso a un plan.

Con respecto a los efectos perniciosos que tiene la exigencia de un período de permanencia previo en la empresa antes de poder acceder al plan, se ha puesto de manifiesto como a los trabajadores con contratos de corta duración les resulta imposible integrarse en aquél. Esto conlleva en la práctica la exclusión de este colectivo del sistema privado de pensiones cuyo establecimiento pudo derivar, incluso, de un compromiso contraído en

⁸⁶² LÓPEZ GANDÍA, J.: “Los niveles complementarios de Seguridad Social: la aplicación de los conceptos básicos y del principio de igualdad”, *Actualidad Laboral*, Tomo II, 1995, p. 306.

⁸⁶³ “Como señala el art. 41 de la Constitución, a diferencia de lo que sucede con el “régimen público de la Seguridad Social”, donde campean las exigencias de la igualdad de trato de los ciudadanos en situación de necesidad, “las asistencia y prestaciones complementarias eran libres” (MARTÍN VALVERDE, A.: “Jurisprudencia social de los planes...”, *op. cit.*, p. 19).

la negociación colectiva. Siendo esto así, cabría preguntarse si este tratamiento diferenciado entre trabajadores fijos y trabajadores temporales se puede autorizar a la luz del principio igualatorio del art. 14 CE. Y, en este punto, habría que recordar que la simple diferencia de trato entre un grupo de trabajadores, especialmente en base a la naturaleza temporal o indefinida del contrato, no implica necesariamente una discriminación constitucionalmente prohibida, siempre que la misma esté fundamentada en una razón objetiva y razonable que justifique dicho tratamiento diferenciado⁸⁶⁴. Y lo mismo cabe decir de la disposición de derechos por la negociación colectiva, de modo que el convenio colectivo queda vinculado por las exigencias del art. 14 CE y también, por tanto, por la objetividad y la razonabilidad de la medida diferenciadora adoptada en su seno⁸⁶⁵. Dicho esto, entonces, habría que plantearse si la exclusión de un grupo de trabajadores del disfrute del plan de pensiones, basada exclusivamente en el carácter temporal del contrato, constituye o no un motivo objetivo y razonable que justifique la diferencia. Y aquí es donde entra en juego necesariamente el esquema de organización y funcionamiento de los planes a partir del cuál interpretar el carácter discriminatorio de la imposición de un período de permanencia previo para adquirir la condición de partícipe.

Y así, la exigencia de un tiempo mínimo de servicios en la empresa resultaría del todo irrelevante en función de determinados rasgos predicables de los planes de pensiones. Es decir, las características definitorias de estos instrumentos de previsión descartan la importancia que en el funcionamiento de los planes se le quiere otorgar a la naturaleza temporal o indefinida de la relación entre el empleado y el promotor. Se estaría, por tanto, en contra de aquella otra interpretación por la cuál se entiende que en los planes cuentan significativamente las previsiones de duración del vínculo contractual al estar ante una institución basada en el ahorro a largo plazo⁸⁶⁶. Precisamente, se destacan, a continuación, los aspectos esenciales de los planes que aconsejarían la eliminación de este obstáculo al acceso adichos instrumentos de previsión.

En primer lugar, el propio sistema financiero de organización de estos mecanismos resulta trascendental para comprender lo indiferente que puede resultar el tipo de vinculación. En efecto, el principio de capitalización enunciado por el art. 5.1.b) TRLFPF supone que la cuantía de las prestaciones de cada beneficiario dependa de las aportaciones realizadas, pudiendo establecerse una relación directa entre contribuciones y pensiones desde el punto de vista personal⁸⁶⁷. De ello se extrae una consecuencia

⁸⁶⁴ SSTC 52/1987, 7 mayo y 136/1987, 22 julio.

⁸⁶⁵ STC 177/1988, 19 octubre.

⁸⁶⁶ STS 26 enero 1993 (*RJ* 1993, 270) por la que se confirma en casación la SAN 3 julio 1991 (*AS* 1991, 4163).

⁸⁶⁷ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los Planes...*, op. cit., p. 207.

importante a los efectos de valorar la importancia del grado de permanencia y estabilidad del partícipe en el plan, y es que las incidencias que se puedan dar en la relación laboral del trabajador tan sólo van a repercutir indirectamente sobre el plan, ya que son las prestaciones a las que podrá tener derecho en su momento el trabajador las que únicamente se verán afectadas. Tan sólo en el caso de que el sistema de previsión estuviera basado en el principio financiero de reparto cabría considerar la importancia de la estabilidad de los partícipes, ya que sus aportaciones son las que determinan el nivel de las prestaciones comprometidas en general⁸⁶⁸.

En segundo lugar, cabe mencionar dos aspectos más ligados al anterior que resultan especialmente significativos para valorar correctamente el alcance del requisito de la antigüedad como forma de acceso al plan. Nos referimos a la posibilidad de transferir los derechos consolidados de los partícipes (art. 8.8 TRLFPF y 35 RFPF) y a la de permanecer como partícipe en suspenso (art. 35 RFPF). Con estas dos previsiones contenidas en el sistema legal de los planes la incidencia del vínculo temporal resulta menos relevante todavía ya que es el propio legislador el que da solución a las incidencias y variaciones que se pudieran producir en la relación laboral de los partícipes, permitiendo, por un lado, la movilización de los derechos consolidados o, incluso, la posibilidad de dejar a éstos en condición de partícipes en suspenso sin pérdida de sus derechos acumulados⁸⁶⁹. Por tanto, la centralidad que puede tener la estabilidad de los partícipes se pone en entredicho con estas dos previsiones, dado que es el mismo legislador quién acoge las excepciones a ese principio de permanencia⁸⁷⁰.

Por ello, resulta menos trascendental de lo que se quiere hacer ver la exigencia de un determinado período de permanencia en el plan antes de poder integrarse en él, ya que lo verdaderamente importante no es tanto la permanencia singular de cada partícipe sino la estabilidad del plan de pensiones como sistema e instrumento de previsión a largo plazo⁸⁷¹. Resulta, incluso, sorprendente que sólo en la modalidad de planes del sistema de empleo se requiera un período de tiempo mínimo para poder acceder a los mismos, sin que se de esta exigencia en el resto de planes⁸⁷², los cuáles siguen teniendo el mismo carácter de instrumentos de ahorro finalista⁸⁷³. No debemos olvidar, además, que las aportaciones directas o imputadas que se realizan en el sistema de previsión del plan se insertan en

⁸⁶⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de Pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 102/1991 de 3 de julio”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, p. 495.

⁸⁶⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁷⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 495.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 495.

⁸⁷² SEGALÉS FIDALGO, J.: “El contenido del principio de no discriminación...”, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁷³ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 234.

un fondo de pensiones externo e independiente de las empresas, por lo que resulta indiferente la entidad promotora que sucesivamente asume la posición de promotora y contribuyente al mismo⁸⁷⁴. Asimismo, resulta menos trascendental todavía el requisito de permanencia en la empresa cuando viene referido a un momento anterior al acceso de un sujeto como partícipe de un plan de pensiones y no a un momento posterior. De pretender que el plan tenga cierta perdurabilidad lo lógico hubiera sido exigir un período mínimo de permanencia como partícipe⁸⁷⁵.

Se ha podido comprobar, por tanto, que en el esquema de funcionamiento de los planes no se advierte la importancia que puede tener la exigencia de un período de espera de los empleados antes de poder incorporarse al plan, máxime cuando el propio sistema legal aboga indirectamente por favorecer el acceso automático de los empleados a través de la previsión contenida en el apartado 1º del art. 5.1.a) TRLFPF. De ser tan imprescindible el período previo de permanencia en la empresa promotora no se hubiera autorizado una excepción al mismo y mucho menos se admitiría la posibilidad de contabilizar esta antigüedad desde el ingreso en la plantilla del promotor, tal y como se prevé en el párrafo 4º del art. 26.1 RFPF.

De todo lo dicho hasta aquí se advierte la inexistencia de razones objetivas y razonables que aconsejen el mantenimiento del requisito de la antigüedad como condición de acceso a un plan de pensiones. Lo mismo cabe decir de la exención de este requisito a los contratados por tiempo indefinido, y que la jurisprudencia viene admitiendo como acorde al principio de no discriminación. En ambos casos, el efecto de exclusión del personal contratado con carácter temporal provocado por el establecimiento de un período de espera antes de poder acceder al plan debería tenerse en cuenta si lo que se pretende es favorecer una política que tienda hacia la máxima universalización subjetiva de esta modalidad. Del sistema organizativo y de financiación de estos mecanismos de previsión –la instrumentación externa de los recursos, la capitalización individual, la movilidad interplanes, la categoría de partícipe en suspenso- se deducen suficientes apoyos legales en favor de la eliminación de este obstáculo.

Pese a la importancia de los argumentos ofrecidos, en los que se ha dejado constancia de lo limitado que resulta el criterio de la permanencia singular de los partícipes en el plan frente a las características de ordenación técnica del mismo, la realidad es que sigue pesando enormemente la doctrina del Tribunal Constitucional y la del Tribunal

⁸⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 35-36.

⁸⁷⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de Pensiones...”, op. cit., p. 494 y ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 240.

Supremo en este punto. Por un lado, la afirmación de la desigual incidencia que la igualdad de trato tiene en el ámbito de las prestaciones complementarias con respecto a los niveles legales obligatorios puede resultar siempre un muro infranqueable a los efectos de considerar como discriminatoria la exigencia del requisito de la antigüedad. Por otro lado, y pese al cambio normativo comentado en el que el RFPF aplica por igual a fijos y temporales el criterio temporal en el acceso al plan, el árbol representado por la previsión de duración del vínculo contractual sigue imposibilitando la visión del bosque de soluciones que el sistema legal prevé, aunque de forma limitada, (y que incluso debería potenciar en mayor medida) ante determinadas vicisitudes en la relación de trabajo⁸⁷⁶.

Esta situación jurisprudencial contrasta de forma palmaria con las exigencias que en la aplicación del principio de no discriminación está marcando el Derecho Comunitario y la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A ella nos vamos referir a continuación para comprobar de qué modo se ha desarrollado en las instancias comunitarias el problema de la discriminación en los regímenes complementarios o profesionales.

B) La incidencia de la prohibición de discriminación del Derecho Comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el acceso a los planes de pensiones

Antes de analizar los aspectos implicados en la proyección del principio de no discriminación en el acceso a los sistemas privados de pensiones conviene realizar una serie de precisiones necesarias para comprender mejor el alcance de la igualdad de trato en el cuadro general de las pensiones complementarias, tal y como ha sido formulada en el Derecho comunitario. Y así, lo primero que debe ponerse de manifiesto es la inexistencia en el Derecho de la Unión Europea de un reconocimiento expreso del principio de igualdad de los ciudadanos de modo similar a como aparece en los ordenamientos constitucionales de cada uno de los países miembros⁸⁷⁷. No hay, por tanto, una formulación general del principio igualatorio, tal y como se recoge en nuestro art. 14 CE. Pese a ello, y tras décadas de indiferencia de las instituciones comunitarias con respecto a una posible intervención en el ámbito de la discriminación, se han ido haciendo presentes intersticios por los que ha ido penetrando el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria⁸⁷⁸. En concreto, la

⁸⁷⁶ Prueba de ello es la SAN 18 febrero 2003 (*J* 2003, 1321).

⁸⁷⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”, en VV. AA.: *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 19.

⁸⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario”, VV. AA.: *La Igualdad de Trato...*, *op. cit.*, p. 37.

prohibición de discriminación se va introduciendo en el ordenamiento comunitario a través del establecimiento de reglas que tratan de incidir en dos aspectos, a saber: la igualdad por razón de sexo y la igualdad por razón de la nacionalidad.

Por lo que respecta a la igualdad de trato entre hombres y mujeres hay que hacer notar su evolución espectacular, ya que siendo concebida inicialmente como un principio que debía desplegar sus efectos en el ámbito estricto de la igualdad de trato en materia de remuneración, ha ido ampliando posteriormente su campo de acción a otras materias⁸⁷⁹. Tanto es así que la adopción de un número importante de Directivas que han incidido en el desarrollo de este principio como la labor fundamental de interpretación llevada a cabo por el TJCE han convertido al principio de paridad de trato por sexo en uno de los elementos caracterizadores del acervo comunitario⁸⁸⁰. En definitiva, tal y como se ha señalado, surgió como un complemento necesario para la realización del mercado común, pero de modo paulatino se fue configurando como un derecho aplicable progresivamente en el ámbito social, terminando por convertirse en un derecho fundamental⁸⁸¹.

Por su parte, la prohibición de no discriminación por razón de la nacionalidad también ha sido objeto de desarrollo en el ámbito comunitario convirtiéndose en instrumento de superación de las situaciones de marginación de los grupos nacionales que han ido emigrando en el interior del territorio comunitario⁸⁸². Remite, por tanto, a la libertad de circulación de los trabajadores, y desde su inicial proclamación en el Tratado de la Comunidad Económica Europea en 1957 hasta su actual configuración se constituye en uno de los derechos que integran el Estatuto del Ciudadano de la Unión⁸⁸³. Comportaría el derecho de los trabajadores a desplazarse

⁸⁷⁹ Como indican NOGUEIRA GUSTAVINO, LÓPEZ CUMBRE y MORÓN PRIETO, “esta visión reductiva del principio de igualdad comienza a transformarse a partir de la aprobación del (...) Programa de Acción Social de 1974 y del impulso a la política social que, sin duda, éste supuso. En este programa (...) se proponen, entre otros objetivos, el de reforzar el principio de igualdad retributiva ya contemplado en el art. 119 TCCE y el de emprender acciones con el fin de garantizar la igualdad de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y la promoción profesionales así como las condiciones de trabajo” [“El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias, en materia de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 12, 1998, p. 135].

⁸⁸⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Igualdad de género y políticas comunitarias”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2000, p. 63.

⁸⁸¹ ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1999, p. 29.

⁸⁸² CRUZ VILLALÓN, J.: “Los intersticios de penetración de la prohibición...”, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁸³ BIURRUN ABAD, F. J.; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 73. Como se señalado, “la ciudadanía de la Unión elimina, al menos de hecho y en buena medida de derecho, la categoría jurídica de “extranjero” referida a un nacional de un Estado miembro, puesto que el sistema de libertades económicas de los Tratados ha ido quebrando las resistencias a la tradicional política de todos los Estados, por lo menos desde el siglo XIX, de restringir y controlar la presencia económica extranjera

por el territorio de la Comunidad para ejercer una actividad asalariada, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, así como la abolición, entre los trabajadores de los Estados miembros de toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo y de protección social.

Como se tendrá ocasión de comprobar, ambas manifestaciones del principio de igualdad van a tener una proyección en el ámbito de la protección complementaria. En este apartado analizaremos únicamente el primero de ellos, dejando para otro momento el estudio de las implicaciones que dicho principio plantea por razón de la nacionalidad y de forma más específica en el ejercicio del derecho a la movilidad profesional.

a) La prohibición de discriminación por razón de sexo: igualdad en el acceso a los regímenes complementarios

El análisis de la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo en la protección complementaria debe partir del art. 119 TCE (actual art. 141) el cuál señala, en su redacción actual, que cada Estado miembro debe de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entendiendo por retribución el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. Lo primero que llama la atención del texto legal comunitario es el tipo de vinculación que cabe establecer entre la protección complementaria y la erradicación de las discriminaciones por razón de sexo de corte retributivo, ya que del art. 141 TCE no se deduce una referencia directa a los regímenes profesionales. Entonces, cabe preguntarse cuál es el eslabón que une a los regímenes profesionales con esta norma comunitaria.

De la lectura atenta del art. 141 TCE se puede comprobar como la tutela antidiscriminatoria contenida en el mismo gravita sobre el concepto de remuneración, de ahí la importancia que tiene la delimitación del alcance y significado de aquélla a los efectos de una posible aplicación de la norma comunitaria sobre igualdad por razón de sexo en el ámbito de las prestaciones complementarias. Precisamente, el encargado de establecer los contornos precisos de este concepto va a ser el TJCE quién se ocupará de ofrecer una visión lo suficientemente amplia del contenido de la definición

ya sea por razones de proteccionismo, de seguridad jurídica o, simplemente, xenofobia” (MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 3.ª ed., 2002, p. 581).

de retribución como para que, finalmente, se puedan considerar incluidas en el mismo las prestaciones complementarias. La importancia de la jurisprudencia comunitaria en este punto es tal que es precisamente su labor interpretativa la que marcará el curso de las reformas normativas⁸⁸⁴. Precisamente, el orden expositivo que proponemos tiene en cuenta esta circunstancia, de modo que, en primer lugar, nos ocuparemos del tratamiento que la jurisprudencia comunitaria ha dado al principio de igualdad de trato en el ámbito de los regímenes profesionales para después analizar el citado principio desde la normativa comunitaria aplicable.

El punto de referencia inicial para determinar la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres a los regímenes profesionales de Seguridad Social está constituido por la STJCE 13 mayo 1986⁸⁸⁵. En la misma se vino a considerar que un régimen de pensiones de empresa creado por convenio colectivo, financiado exclusivamente por el empleador y que tuviera como efecto completar las prestaciones sociales debidas en virtud de la legislación nacional se incluye en el ámbito de aplicación del art. 119 dado que las prestaciones concedidas a los empleados constituyen un beneficio pagado por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo (aptdo. 22º). La sentencia apoyaba su decisión en otra de 25 mayo 1971⁸⁸⁶ en la que se consideraba que los beneficios que participan de la naturaleza de prestaciones de seguridad social no son extraños al concepto de retribución, pero, sin embargo, no pueden incluirse en ese concepto. Los argumentos que daba el TJCE para sustentar esta decisión eran, en suma, los siguientes: los regímenes legales estaban regulados directamente por la Ley, excluyéndose, por tanto, todo elemento de concertación dentro de la empresa y, además, resultaban obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores. Junto a estas dos razones, se aportaba un tercer criterio, el de la financiación, de modo que aún cuando a ella pudieran contribuir los trabajadores, los empresarios y, en su caso, los poderes públicos, no lo hacían tanto en función de la relación de trabajo entre empresario y trabajador como de consideraciones de política social, de tal manera que la aportación de los empresarios a la financiación de dichos regímenes no podía considerarse como un pago directo o indirecto al trabajador, con arreglo al párrafo 2º del art. 119 (aptdos. 17º y 18º).

⁸⁸⁴ La centralidad del TJCE en este punto ha sido destacado por NANI, L.: "Parità di trattamento previdenziale fra lavoratori e lavoratrici nella giurisprudenza comunitaria: ragioni economiche e sociali", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 1, 1997, p. 490 y ss. También por la doctrina inglesa en HERVEY, T. K.: "Legal Sigues concerning the Barber protocol", en O'KEEFFE, D. y TWOMEY, P.: *Legal issues of the Maastricht Treaty*, Wiley, Chancery, 1994.

⁸⁸⁵ Asunto 170/84, *Bilka-Kaufhaus contra Karin Weber con Hartz*, Rec. 1986, p. I-1607.

⁸⁸⁶ Asunto 80/70, *Defrenne contra el Estado de Bélgica*, Rec. 1971, pp. 445-464.

De la consideración conjunta de ambas sentencias quedaba claro a partir de ese momento que los regímenes profesionales quedaban vinculados por el principio de igualdad retributiva del art. 119 TCE (actual 141) frente a los regímenes legales que quedaban fuera de su ámbito de aplicación. El TJCE sustentaba esta postura en tres aspectos: por un lado, las fuentes de implantación de ambos eran distintas, siendo los regímenes profesionales de origen convencional o promovidos unilateralmente por el empresario, frente a los regímenes legales cuya creación y regulación recaía en una norma; por otro, el ámbito subjetivo de los regímenes de carácter legal abarcaba a categorías generales de trabajadores, en contraposición a los profesionales que tenían por objeto la protección limitada de determinados trabajadores y, finalmente, el modo de financiación de ambos imposibilitaba su equiparación al atender a consideraciones de política social en el caso de los regímenes legales frente a la prevalencia que en los regímenes de carácter profesional tenía la relación de trabajo entre empresario y trabajador⁸⁸⁷. En resumen, el TJCE iba a manejar a partir de ahora los siguientes criterios para determinar la inclusión de un régimen de previsión en el ámbito de aplicación del artículo 119 TCE: “la intervención de la Ley en la definición de un régimen de pensiones, la concertación entre los empresarios y los representantes de los trabajadores, el carácter complementario de las gratificaciones concedidas a los trabajadores en relación con los prestaciones de Seguridad Social, las modalidades de financiación del régimen de pensiones, su aplicabilidad a grupos generales de trabajadores y, por último, la relación entre la prestación y el empleo del trabajador”⁸⁸⁸.

La labor interpretativa del TJCE respecto a la inclusión de los regímenes profesionales en el concepto de remuneración avanzó todavía más con ocasión de la STJCE 17 mayo 1990⁸⁸⁹. En la misma se discutió la inclusión en el ámbito de aplicación del art. 119 TCE de un plan de pensiones convencionalmente excluido (*contracted-out*), es decir, de un sistema de previsión que implicaba la renuncia contractual del partícipe a la parte del régimen nacional de jubilación vinculada al salario, la cual era sustituida por el plan. Por tanto, las prestaciones otorgadas por este régimen profesional no tenían el carácter de complementarias, como en el supuesto enjuiciado por la STJCE 13 mayo 1986, sino que sustituían en parte a las concedidas por los niveles legales. Pese a ello, el TJCE va a considerar que, aunque las aportaciones realizadas a estos planes y las prestaciones que garantizan sustituyan en parte a las del régimen legal general, esta

⁸⁸⁷ NOGUEIRA GUSTAVINO, M.; LÓPEZ CUMBRE, L. y MORÓN PRIETO, R.: “El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias...”, *op. cit.*, p. 152.

⁸⁸⁸ STJCE 28 septiembre 1994, Asunto 7/93, *Bestuur Van Het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds contra G.A. Beune*, Rec. 1994, p. I-4471, aptdo 23º.

⁸⁸⁹ Asunto 262/88, *Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Rec. 1990, p. I-1889.

circunstancia no puede excluir la aplicación del artículo 119. Además, se trata de planes que resultan o bien de la concertación entre los interlocutores sociales, o bien de una decisión unilateral del empresario y que sólo afectan a los trabajadores empleados en determinadas empresas. Por ello, a juicio del TJCE “se impone pues la conclusión de que, a diferencia de las prestaciones concedidas por los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, las pensiones pagadas por los planes convencionalmente excluidos del régimen general constituyen, sin duda, gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y, por consiguiente, están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 119 del Tratado” (apdo. 28º). Finalmente, el TJCE descartó la posible inaplicación del art. 119 TCE por el hecho de que el plan de pensiones estuviera constituido en forma de institución fiduciaria y gestionado por fiduciarios formalmente independientes del empresario ya que, a juicio del Tribunal, el precepto mencionado “se refiere también a las gratificaciones satisfechas indirectamente por el empresario”⁸⁹⁰ (apdo. 29º).

Esta sentencia resultaba decisiva por cuanto a partir de ella se reafirmaba la naturaleza retributiva de las prestaciones complementarias y se insistía en el efecto directo que tenía el art. 119 del Tratado. Ahora bien, consciente el TJCE de las consecuencias financieras que para los instituciones de previsión podía tener su aplicación retroactiva, decidió limitar los efectos temporales de la misma a 17 de mayo de 1990, fecha de la sentencia, salvo para los trabajadores o aquellos de sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hubieran iniciado una acción judicial o hubieran formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable (apdo. 45º). En todo caso, los efectos en el tiempo de la sentencia Barber fueron matizados por la STJCE 6 octubre 1993⁸⁹¹, considerándose que sólo podría invocarse el efecto directo del art. 119 del Tratado para exigir la igualdad de trato en materia de pensiones de empresa respecto de las prestaciones devengadas en virtud de períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990, sin perjuicio de la excepción antes comentada en favor de los trabajadores o de sus causahabientes (apdo. 20º)⁸⁹².

⁸⁹⁰ Sobre esta cuestión se volverá a pronunciar el TJCE con posterioridad reafirmando en la obligación que incumbe a los administradores de un plan de pensiones, al igual que al empresario, de respetar lo dispuesto en el artículo 119 del Tratado, pudiendo el trabajador discriminado invocar sus derechos directamente frente a dichos administradores. Véanse, Asunto 128/93, *Geertruida Catharina Fisser contra Voorhuis Hengelo BV y Stichting Bedrijfspensionenfonds voor de Detailhandel*, Rec. 1994, p. I-4583, aptdos 31º-32º y Asunto 435/93, *Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam*, Rec. 1996, p. I-5223, apdo 32º.

⁸⁹¹ Asunto 109/91, *Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensionenfonds voor het Glazenwassers-en Schoonmaakbedrijf*, Rec. 1993, p. I-4879.

⁸⁹² Esta limitación de los efectos temporales de la Sentencia Barber, con la puntualización hecha por la de Ten Oever, fue recogida en el Protocolo núm. 2 sobre el art. 119 del Tratado de Maastricht. Véase,

Las resoluciones judiciales anteriores sentaron las bases para una copiosa jurisprudencia comunitaria posterior que se encargará de precisar el alcance de la prohibición de discriminación contenida en el art. 119 del Tratado, así como el significado y las consecuencias de la limitación de los efectos de la sentencia Barber en el tiempo⁸⁹³. Así, el TJCE se ocupará de clarificar si determinadas prestaciones derivadas de regímenes profesionales podían acogerse a lo dispuesto por el art. 119 del Tratado⁸⁹⁴. También, se encargará de recalcar la idea de que tanto los planes complementarios como los convencionalmente excluidos están sometidos a la prohibición de discriminación del art. 119 del Tratado, y ello pese a que la sentencia Barber únicamente se refería a los segundos⁸⁹⁵. Asimismo, volverá a insistir en la distinción entre los regímenes legales de protección social y los profesionales⁸⁹⁶ y de si determinadas modalidades de

PÉREZ de los COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 101-106.

⁸⁹³ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las Directivas 79/7 y 86/378”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2000, p. 280.

⁸⁹⁴ En la STJCE 6 octubre 1993, Asunto 109/91, *Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensionenfonds voor het Glazenwassers-en Schoonmaakbedrijf*, Rec. 1993, p. I-4879 se va a considerar incluida en el concepto de retribución *ex art.* 119 del Tratado la pensión de supervivencia pagada al cónyuge sobreviviente. En este caso, el pago de una prestación una vez extinguida la relación de trabajo no podía ser un obstáculo para la aplicación del principio de no discriminación retributiva por razón de sexo. Para el TJCE el hecho de que, por definición, la pensión de supervivencia no se pague al trabajador sino a su supérstite, no se opone a esta interpretación. Al contrario, el derecho a tal prestación es una ventaja que deriva de la filiación al plan del cónyuge supérstite, de forma que la pensión se concede a este último en el marco de la relación de trabajo entre el empresario y dicho cónyuge, y se le paga en razón de la actividad laboral de este último (aptdo. 13º). En idéntico sentido, STJCE 28 septiembre 1994, Asunto 200/91, *Coloroll Pension Trustees LTD contra James Richard Ruseell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton y Coloroll Group PLC*, Rec. 1994, p. I-4389, aptdo 18º y STJCE 17 abril 1997, Asunto 147/95, *Dimossia Epichirissi Ilektrismou (DEI) contra Efthimios Evrenopoulos*, Rec. 1997, p. I-2057. Asimismo, el TJCE va a considerar incluidas también entre las prestaciones objeto de protección por el principio de no discriminación del art. 119 del Tratado a las complementarias de prejubilación (STJCE 13 julio 2000, Asunto 166/99, *Marthe Defreyn contra Sabena SA*, Rec. 2000, p. I-6155).

⁸⁹⁵ La STJCE 14 diciembre 1993 Asunto 110/91, *Michael Moroni contra Collo GMBH*, Rec. 1993, p. I-6591 resuelve esta cuestión de forma contundente al entender “que no puede considerarse que los principios formulados en la sentencia Barber tengan un alcance limitado a los Planes de Pensiones de Empresa convencionalmente excluidos, sino que también afectan a los Planes de Pensiones complementarios...” (aptdo. 17º).

⁸⁹⁶ Sobre este aspecto, el TJCE tendrá ocasión de pronunciarse en la sentencia de 28 septiembre 1994, Asunto 7/93, *Bestuur Van Het Algemeen Burgerlijk Pensionfonds contra G.A. Beune*, Rec. 1994 p. I-4471, en la que hará prevalecer como criterio decisivo para diferenciar a los regímenes legales de los profesionales el de la relación de empleo, consistente en determinar si la pensión se abona o no al trabajador por razón de la relación de trabajo entre el interesado y su antiguo empresario (aptdo. 43º). Para el TJCE el régimen de pensiones de la función pública holandesa, aunque esté regulado por la Ley, entra dentro del ámbito de aplicación del art. 119 del Tratado porque dicho régimen está en función del empleo que ocupan los interesados, en el sentido de que garantiza al funcionario una protección contra el riesgo de vejez y constituye una gratificación pagada por empleador público al trabajador por razón del empleo de este último, similar al pagado por un empresario privado en virtud de un Plan de Pensiones de Empresa. Aún cuando el régimen profesional holandés tenga una serie de rasgos que lo conectan con los de carácter legal, ya sea porque en él se dan consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o incluso preocupaciones de carácter presupuestario que pudieron influir en su

financiación elegidas en determinados Planes y las prestaciones o pensiones determinadas en función de aquéllas quedan al margen o no del art. 119 del Tratado⁸⁹⁷. Y, por supuesto, se ocupará de precisar los efectos temporales de la sentencia Barber⁸⁹⁸.

En todo caso, interesa aquí preguntarnos si el TJCE se ha ocupado del derecho a participar en un plan de pensiones en condiciones de igualdad. En otros términos, se trataría de comprobar en qué medida la prohibición de discriminación contenida en el art. 119 del Tratado abarcaría el derecho a no ser excluido de un plan de pensiones en razón del sexo. Y así, un número importante de pronunciamientos del TJCE se dedican, entre otras cuestiones, a perfilar la aplicación del principio igualatorio en materia retributiva a esta cuestión. Precisamente, la STJCE 13 mayo 1986⁸⁹⁹ fue la primera que se ocupó de analizar si el principio de no discriminación del art. 119 TCEE abarcaba la igualdad en el acceso a un plan de pensiones⁹⁰⁰. Retomando los argumentos de otros pronunciamientos anteriores⁹⁰¹, el TJCE llegará a la siguiente conclusión: cuando se excluye a los empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa se infringe el

establecimiento por parte del legislador nacional, éstos “no pueden prevalecer si la pensión sólo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo del funcionario. En ese caso, la pensión abonada por el empleador público es perfectamente comparable a la que abonaría un empresario privado a sus antiguos trabajadores” (apdo. 45º). En idéntico sentido, SSTJCE 17 abril 1997, *Dimossia Epichirissi Ilektrismou (DEI) contra Eftimios Evrenopoulos*, Asunto 147/95, Rec. 1997, p. I-2057, apdo 19º; 25 mayo 2000, *Jean-Marie Podesta contra Caisse de retraite par répartition des ingénieurs cadres & assimilés (CRICA) y otras*, Asunto 50/99, Rec. 2000, p. I-4039, apdo. 26º; 29 noviembre 2001, *Joseph Griesmar contra Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, C-366/99, Rec. 2001, p. I-9383.

⁸⁹⁷ SSTJCE 22 diciembre 1993, Asunto 152/91, *David Neath contra Hugh Steeper LTD*, Rec. 1993, p. I-6935, aptdos. 30º y 31º; 28 septiembre 1994, Asunto 200/91, *Coloroll Pension Trustees LTD contra James Richard Ruseell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton y Coloroll Group PLC*, Rec. 1994, p. I-4389 y 9 noviembre 1993, Asunto 132/92, *Birds Eye Walls LTD. Contra Friedel M. Roberts*, Rec. 1993, p. I-5579.

⁸⁹⁸ Así, en atención a los graves trastornos que la sentencia Barber podría provocar en situaciones jurídicas anteriores establecidas de buena fe, el TJCE vino a considerar “que la limitación en el tiempo de los efectos del art. 119 TCEE, resultante de la citada sentencia, sólo afecta a los tipos de discriminación que, a causa de las excepciones transitorias previstas por el Derecho Comunitario aplicable en materia de pensiones de empresa y, en particular, de la Directiva 86/378, (...) los empresarios y los Planes de pensiones hayan podido razonablemente considerar que estaban tolerados” (STJCE 24 octubre 1996, Asunto 435/93, *Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam*, Rec. 1996, p. I-5223, apdo. 19º; STJCE 28 septiembre 1994, Asunto 57/93, *Anna Adriaantje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y Stichting Pensionenfonds NCVI*, Rec. 1994, p. I-4541, aptdos. 20º-27º; STJCE 28 septiembre 1994, Asunto 128/93, *Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV y Stichting Bedrijfspensionenfonds voor de Detailhandel*, Rec. 1994, p. I-4583, aptdos 17º-24º; STJCE 11 diciembre 1997, Asunto 246/96, *Mary Teresa Magorrian y Irene Patricia Cunningham contra Eastern Health and Social Services Board y Department of Health and Social Services*, Rec. 1997, p. I-7153, aptdos. 27º-35º.

⁸⁹⁹ Asunto 170/84, *Bilka-Kaufhaus contra Karin Weber con Hartz*, Rec. 1986, p. I-1607.

⁹⁰⁰ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.ª: “Planes de Pensiones y principio de igualdad: de la sentencia Bilka a la Directiva 96/97CE”, *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, p. 129.

⁹⁰¹ SSTJCE 11 marzo 1981, *Worringham*, Asunto 69/80, Rec. 1980, pág. I-767 y 31 marzo 1981, *J.P. Jenkins contra Kingsgate*, Asunto 96/80, Rec. 1981, p. I-911.

artículo 119 del Tratado cuando dicha medida afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (aptdo. 31º). Con esta decisión cristalizaba el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo – cuando el uso de un criterio aparentemente neutro, es decir, aplicable por igual a ambos sexos, afecta a un porcentaje considerable mayor de personas de un solo sexo- y se señalaba un ámbito donde era frecuente este tipo de discriminación, el empleo a tiempo a parcial ocupado mayoritariamente por mujeres⁹⁰². En efecto, a la sentencia *Bilka* le siguieron otras que reiteraron la jurisprudencia sobre la materia, no siempre, eso sí, referidas a regímenes profesionales⁹⁰³.

En todo caso, la discriminación en el acceso a un plan de pensiones o régimen profesional no se agotaba con el tipo de discriminación indirecta. El TJCE tuvo que ocuparse con posterioridad de supuestos específicos de discriminación directa por razón de sexo⁹⁰⁴. Así, sendas sentencias del TJCE, ambas de 28 septiembre 1994⁹⁰⁵, van a reafirmar que el derecho a participar en un plan de pensiones de empresa está incluido dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 y, por tanto, está comprendido en la prohibición de discriminación que dicho artículo establece. En estos casos, se excluía la participación en el plan de las mujeres casadas, lo que a criterio del TJCE constituía una discriminación directamente basada en el sexo. Asimismo, la STJCE 24 octubre 1996⁹⁰⁶ va a considerar que la inclusión dentro del ámbito de aplicación del art. 119 del Tratado del

⁹⁰² SENDEN, L.: “La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria”, VV. AA.: *La Igualdad de Trato en el Derecho...*, op. cit., pp. 147-148.

⁹⁰³ Así, la STJCE 13 julio 1989, *Rinner-Khün*, Asunto 171/88, consideró como un caso de discriminación indirecta la posibilidad que reconocía la legislación alemana a los empresarios de excluir a los empleados que trabajaban menos de diez horas a la semana de una medida de protección social consistente en el mantenimiento de la totalidad del salario durante los días de baja de incapacidad temporal. Del mismo modo, la STJCE 27 junio 1990, *Kowalska*, Asunto 33/89, se interpretó como contrario al artículo 119 del Tratado el convenio colectivo celebrado en el ámbito de la Administración Pública conforme al cual se preveía que el empresario pudiera excluir el pago de una indemnización por extinción de la relación laboral de los trabajadores a tiempo parcial. Otras más recientes sobre el mismo tema: SSTJCE 10 febrero 2000, *Deutsche Telekom AG contra Schröder*, Asunto C-50/96, Rec. 2000, p. 743 y ss; 10 febrero 2000, *Deutsche Telekom AG contra Vick y conze*, Asunto C-234/96 y C-235/96, Rec. 2000, p. 799 y ss; 10 febrero 2000, *Deutsche Telekom AG contra Sievers y Schrage*, Asunto C-270/97 y C-271/97, Rec. 2000, p. 929 y ss.

⁹⁰⁴ Siguiendo a PÉREZ del RÍO constituyen “discriminaciones directas por razón de sexo aquellos actos u omisiones que, produciendo un resultado perjudicial, tienen como causa determinante el sexo. Este tratamiento peyorativo de unos grupos no debe traducirse necesariamente en un beneficio paralelo para otros grupos o individuos” [“El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, VV. AA. (Cruz Villalón, J. y Pérez del Río, T. coords.): *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 92].

⁹⁰⁵ Asunto 57/93, *Anna Adriaantje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y Stichting Pensionenfonds NCVI*, Rec. 1994, p. I-4541 y Asunto 128/93, *Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV y Stichting Bedrijfspensionenfonds voor de Detailhandel*, Rec. 1994, p. I-4583.

⁹⁰⁶ Asunto 435/93, *Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam*, Rec. 1996, p. I-5223.

derecho a participar en un régimen profesional no se puede hacer depender del objetivo de la legislación nacional que permite imponer con carácter obligatorio la participación en un plan de pensiones de empresa, ni del hecho de que el empresario haya presentado una reclamación contra la decisión de imponer dicha participación, ni de la posible realización de una encuesta entre los trabajadores al objeto de presentar una solicitud de exención de participación obligatoria (apdo. 17º). Es más, la STJCE 17 abril 1997⁹⁰⁷ declarará directamente discriminatoria en perjuicio de los hombres la aplicación de una disposición nacional que supeditaba la obtención por los viudos de una pensión incluida en el concepto de retribución a requisitos especiales no exigidos a las viudas (apdo. 29º). En fin, se deduce de la jurisprudencia expuesta la imposibilidad de negar por razón de sexo el derecho de un trabajador a integrarse como partícipe en un plan de pensiones ya que las prestaciones comprometidas en los mismos constituyen un beneficio que se deriva de la relación de empleo con arreglo al art. 119.2 del Tratado, de modo que cualquier exclusión de ciertos colectivos de trabajadores del acceso a dichas prestaciones serán consideradas como una vulneración del principio de igualdad y, en consecuencia, un supuesto de discriminación retributiva por razón de sexo⁹⁰⁸.

Por último, queda pendiente una última cuestión con respecto al derecho a participar en un régimen profesional. En concreto, nos referimos a la posibilidad de que la limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, también comprenda la discriminación en materia de participación en planes de pensiones de empresa. Sobre este particular, la STJCE 28 septiembre 1994⁹⁰⁹ procederá a efectuar, en primer lugar, un análisis del contexto en el que se decidió la limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia Barber, para después afirmar que dicha limitación tan sólo debía afectar a los tipos de discriminación que, a causa de excepciones transitorias previstas en el Derecho Comunitario aplicable en materia de pensiones profesionales, los empresarios y los planes de pensiones hubieran podido razonablemente considerar que estaban tolerados, lo cual no podía ocurrir con respecto al derecho a participar en los planes de empresa, ya que desde la sentencia Bilka no cabía ninguna duda acerca de la aplicabilidad del artículo 119 (apdo. 24º). Por tanto, para el TJCE la limitación de efectos en el tiempo de la sentencia Barber no resultaba aplicable a esta cuestión. Es más,

⁹⁰⁷ *Dimossia Epichirissi Ilektrismou (DEI) contra Efthimios Evrenopoulos*, Asunto 147/95, Rec. 1997, p. I-2057.

⁹⁰⁸ ROMERO BURILLO, A. M^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 248-249.

⁹⁰⁹ Asunto 128/93, *Geertruida Catharina Fisser contra Voorhuis Hengelo BV y Stichting Bedrijfspensionenfonds voor de Detailhandel*, Rec. 1994, p. I-4583. En idéntico sentido, Asunto 57/93, *Anna Adriaantje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y Stichting Pensionenfonds NCVI*, Rec. 1994, p. I-4541, apdos. 20º-27º.

habida cuenta de que la sentencia Bilka no había previsto ninguna limitación de aquel tipo, el TJCE va a entender “que el efecto directo del artículo 119 podrá alegarse con el fin de exigir retroactivamente la igualdad de trato en relación con el derecho a participar en un Plan de Pensiones de empresa, y ello a partir del 8 de abril de 1976, fecha de sentencia Defrenne⁹¹⁰, que reconoció por primera vez el efecto directo de dicho artículo” (aptdo. 27º). En todo caso, como indica la STJCE 24 octubre 1996⁹¹¹, el hecho de que un trabajador pueda participar con carácter retroactivo en un plan de pensiones de empresa no le va a permitir eludir el pago de las cuotas correspondientes al período de participación de que se trate (aptdo. 34º).

Como se ve, la importancia de la jurisprudencia comunitaria respecto de la aplicación de del principio de igualdad en los regímenes profesionales es incuestionable. Reténgase que con una decisión como la Sentencia Barber se imponía la aplicabilidad directa del art. 119 del Tratado, lo que suponía que pudiera ser invocado directamente por los particulares tanto frente a los empresarios –efecto horizontal- como frente a los poderes públicos –efecto vertical-, a diferencia del instrumento normativo existente hasta ese momento –Directiva 86/378, ocupada de la aplicación de la igualdad en los regímenes profesionales- que no disponía de efecto directo⁹¹². Es más, tal y como se dijo anteriormente, la trascendencia de la labor interpretativa del TJCE en esta cuestión será tal que será necesario aprobar una nueva Directiva, la 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996⁹¹³, que reforme la anterior para así acoger el grueso de sus pronunciamientos. Precisamente, como se tendrá ocasión de comprobar, no resulta complicado identificar la doctrina del TJCE en numerosas disposiciones de la actualmente en vigor Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que, como ya se dijo, deroga la de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.

Entrando en el análisis de la Directiva, en la parte que aquí nos ocupa, ésta contiene disposiciones destinadas a aplicar en los regímenes profesionales de seguridad social el principio de igualdad de trato entre

⁹¹⁰ STJCE 8 abril 1976, *Defrenne contra Société Anonyme Belge de Navigation Aeriennne Sabena*, Asunto 43/75Rec. 1976, p. 455.

⁹¹¹ Asunto 435/93, *Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam*, Rec. 1996, p. I-5223.

⁹¹² LÓPEZ CUMBRE, L.: “Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, SA”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 32, 2001, p. 191.

⁹¹³ DOL núm. 46, 17 febrero 1997.

hombres y mujeres (art. 1.), entendiendo por tales los no regulados por la Directiva 79/7/CEE⁹¹⁴ y cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, encuadrados en el marco de la empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuera obligatoria como si fuere facultativa [art. 2, letra f)]. De la lectura del precepto se deduce inequívocamente que los planes de pensiones del sistema de empleo se encontrarían incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, imposibilitándose, por tanto, en estos instrumentos de previsión cualquier discriminación por razón de sexo. En verdad, aquel precepto ofrece una formulación de los regímenes profesionales lo suficientemente amplia como para dar cabida a la diversidad de sistemas de previsión ocupacionales, complementarios o no, empresariales, de sector o de grupo y de adscripción voluntaria como obligatoria, existentes en los distintos Estados miembros⁹¹⁵. En todo caso, se descartarían los previstos por el art. 8, al faltar alguna de las características de estos regímenes profesionales, ya sea porque la medida de protección adoptada no tiene carácter colectivo –contratos de seguro individuales de los trabajadores autónomos, regímenes de trabajadores autónomos de un sólo miembro o disposiciones opcionales que se ofrezcan individualmente a los partícipes en el marco de un régimen profesional constituido- o aún teniéndolo, no hay una intervención del empresario – caso de los contratos de seguro que los trabajadores por cuenta ajena decidan contratar sin la participación del empresario o de los regímenes profesionales que se financien exclusivamente por los trabajadores con carácter voluntario-. Asimismo, la Directiva 2006/54/CE prevé su aplicación a “la población activa, incluidos los trabajadores autónomos, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario, y a las personas que busquen empleo, a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos, así como a los derechohabientes de dichos trabajadores, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales” (art. 6). Por lo que respecta a su ámbito material, éste incluiría “a los regímenes profesionales que aseguren

⁹¹⁴ Se refiere el texto legal comunitario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DOL núm. 6, 10 enero 1979) que remitía la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales a disposiciones futuras (art. 3.3). Llama la atención, en todo caso, como el art. 2.1, letra f) define por vía positiva y por vía negativa el concepto de regímenes profesionales (TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras...”, *op. cit.*, p. 283).

⁹¹⁵ Como ha advertido MONEREO PÉREZ, “esta ordenación comunitaria permite una armonización, respetuosa con el principio de igualdad, de las legislaciones de los Estados miembros de la Comunidad y, en el futuro, con una reglamentación orientada hacia una mayor uniformidad de los regímenes profesionales” (*Público y privado...*, *op. cit.*, p. 72).

una protección contra riesgos como la enfermedad, invalidez, vejez, incluido el caso de las jubilaciones anticipadas, accidente laboral y enfermedad profesional, desempleo”, pero también acogería a las prestaciones sociales de otro tipo que los regímenes profesionales puedan prever, en dinero o en especie, en particular, las prestaciones de sobrevivientes y prestaciones familiares (art. 7).

Por otro lado, y como no podía ser de otra manera, la Directiva 2006/54/CE se ocupa de precisar el contenido y el alcance del principio de igualdad de trato, estableciendo en su art. 5 que este principio implicará “la ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar”. Asimismo, el propio art. 5 señala una serie de ámbitos específicos donde la protección de las desigualdades por razón de sexo debe ser especialmente intensa, a saber: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y mantenimiento del derecho de las prestaciones. Pero, además, el art. 9 de la Directiva 2006/54/CE, señala una serie de aspectos concretos respecto de los cuáles rige el principio de igualdad de trato y, por tanto, no caben discriminaciones, directas o indirectas, que se basen en el sexo y, en particular que se refieran al estado civil o familiar⁹¹⁶. En lo aquí interesa, una de las prohibiciones a las que alude el mencionado precepto es la relativa a la discriminación en el acceso a los regímenes profesionales. De ella se ocupa el art. 9.1, en el que se exige la erradicación de las diferencias de trato que afecten a la definición de las personas admitidas a participar en un régimen profesional [letra a)], que sirvan para establecer el carácter obligatorio o facultativo de la participación en un régimen profesional [letra b)] o para imponer normas diferentes en lo que se refiere a la edad de entrada en un régimen o la duración mínima de empleo o de afiliación al régimen para la obtención de las prestaciones [letra c)].

Sin lugar a dudas con los arts. 5 y 9.1 se da acogida a la doctrina jurisprudencial comunitaria relativa a las discriminaciones directas e indirectas en los regímenes profesionales. Y, por supuesto, se reitera la

⁹¹⁶ Cabe pensar que, al igual que ocurría con la Directiva 86/378/CE, estamos también aquí ante una enumeración de materias que no pretende ser exhaustiva. Como señaló TARABINI-CASTELLANI AZNAR para la anterior norma comunitaria, “la literalidad del art. 6 así parece señalarlo cuando prevé que “Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato...”. Dichas disposiciones pueden clasificarse en cuatro grupos relacionados con los ámbitos antes señalados en los que se prohíbe la discriminación. Un primer grupo relativo a la prohibición de discriminación en el acceso a los regímenes profesionales, un segundo grupo referido a la discriminación en las aportaciones a los regímenes profesionales, un tercero sobre las diferencias de trato en el reconocimiento y percepción de prestaciones, y un cuarto grupo que veda la discriminación en el abandono de los citados regímenes” (“El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras...”, *op. cit.*, p. 283).

aplicación del principio de no discriminación en el acceso a los regímenes profesionales, ya sea porque se niegue el derecho a participar en un régimen de previsión por razón de sexo o porque la imposibilidad de integrarse en el plan derive de una discriminación indirecta. En relación a este tipo de discriminaciones veladas, habría que tener en cuenta la definición que de la misma da el art. 2.1, letra b) de la Directiva 2006/54/CE⁹¹⁷ al establecer que existirá discriminación indirecta cuando “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

De lo expuesto hasta aquí, tanto en lo que se refiere al activismo demostrado por la doctrina jurisprudencial comunitaria en relación a la aplicación del principio de igualdad a los regímenes profesionales como de la paralela evolución del Derecho de la Unión Europea al desarrollar normativamente los ambiciosos pronunciamientos del TJCE en esta materia⁹¹⁸, puede resultar conveniente remarcar algunos aspectos aplicables a la igualdad de acceso de los planes de pensiones regulados en nuestro Derecho. Por lo pronto, de la normativa comunitaria se deduce la imposibilidad de establecer cualquier discriminación por razón de sexo en lo que a los requisitos de entrada a los planes de pensiones se refiere. El art. 9.1 de la Directiva 2006/54/CE es contundente en este aspecto al invalidar cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato. Pero también lo es el TJCE al realzar con su jurisprudencia que el derecho a participar en un plan de pensiones de empresa está incluido en la prohibición de discriminación dispuesta en el art. 119 del Tratado (actual 141), de modo que cualquier disposición contraria a dicho principio en la participación en los planes sería considerada como una contravención directa de dicho artículo⁹¹⁹.

Ahora bien, así como la vía de la discriminación directa no ofrece ningún problema aplicativo, distinto es el caso de la discriminación indirecta, dado que en estos casos habrá que probar los efectos perniciosos por razón de sexo de la medida diferenciadora. Esto, como se ha tenido

⁹¹⁷ Dicho precepto acoge lo previsto por la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DOL núm. 14, 20 enero 1998), que también es objeto de derogación.

⁹¹⁸ Como ha indicado LAROQUE, la prudencia con que han actuado en este asunto los Estados llevó al Tribunal de Justicia a adoptar una política jurisprudencial audaz (“L’impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française”, *Droit social*, núm. 11, 1997, p. 961).

⁹¹⁹ Según la STJCE 8 abril 1976, *Defrenne contra Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, Asunto 43/75Rec. 1976, p. 455, el artículo 119 “se aplica directamente, y sin necesidad de normas más detalladas de aplicación, por la Comunidad o los Estados miembros a todas las formas de discriminación directa y declarada que puedan identificarse sólo con ayuda de los criterios de igualdad de trabajo y retribución a los que se refiere el artículo en cuestión”.

ocasión de comprobar, ha resultado claro en los empleos a tiempo parcial mayoritariamente ocupados por mujeres, rechazándose la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa siempre que quedaran afectadas con esta medida un número más elevado de mujeres que de hombres y no se acreditaran factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo⁹²⁰. Del mismo modo, la vía de la discriminación indirecta por razón de sexo podría hacerse valer en el supuesto de que los requisitos de acceso a un Plan perjudicaran a los trabajadores contratados de forma temporal al ser las mujeres mayoritarias en ese colectivo y no existir razones objetivas que fundamentan la medida diferenciadora. De cualquier modo, como ha hecho notar la doctrina italiana, siguen pesando de forma harto insistente y sin visos de cambio algunos elementos de facto que están impidiendo que el principio de no discriminación por razón de sexo sea una realidad en el ámbito de las prestaciones complementarias. Entre otros, se señalan los siguientes: la discontinuidad e irregularidad de la carrera laboral de las mujeres, la masiva presencia de éstas en los trabajos atípicos y la existencia de una más que patente desigualdad retributiva respecto de los hombres⁹²¹. Estos factores, como cabe imaginar, no pueden tener unos efectos positivos respecto de una efectiva presencia de las mujeres en el ámbito de los regímenes complementarios de previsión de base profesional.

En fin, cabe apuntar, por último, que el desarrollo que el principio de igualdad entre hombres y mujeres está teniendo en el ámbito de los regímenes profesionales como consecuencia de la intensa actividad interpretativa del TJCE contrasta abiertamente con la doctrina del Tribunal Constitucional español en relación a la limitada aplicación a las prestaciones complementarias del mandato igualatorio (art. 14 CE). Desde la jurisprudencia del TC no se han tenido en cuenta las implicaciones que las Directivas comunitarias y la actividad interpretativa del TJCE tienen como criterio de interpretación del art. 14 CE sobre los niveles complementarios⁹²². Al contrario, se ha posicionado en favor de aquella tesis por la cual el principio igualatorio del texto constitucional tendría una eficacia relativa en las prestaciones asumidas voluntariamente, en contraste

⁹²⁰ Respecto del trabajo a tiempo parcial siempre ha habido una especial preocupación de las instancias comunitarias por erradicar toda discriminación posible contra este tipo de trabajadores. Prueba de ello es la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DOL núm. 14, 20 enero 1998) que en su cláusula 4ª establece que las condiciones de empleo de los trabajadores a tiempo parcial no pueden resultar menos favorables que las de aquellos a tiempo completo, salvo que existan razones objetivas.

⁹²¹ IZZI, D.: "I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario", en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, p. 82.

⁹²² LÓPEZ GANDÍA, J.: "Los niveles complementarios de Seguridad Social...", *op. cit.*, p. 313; GONZALO GONZÁLEZ, G.: *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, Madrid, Comité Económico y Social, 1995, p. 89 y MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 174

con la aplicación del art. 14 CE en el régimen legal, como quedó demostrado en las SSTC 103 y 104/1983.

2. Principios de funcionamiento y de instrumentación técnica del plan

2.1. El principio de capitalización: sistema financiero y actuarial de capitalización

El TRLPFP obliga a que los planes de pensiones se instrumenten mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización, con lo que las prestaciones reconocidas en el plan se deberán ajustar estrictamente al cálculo derivado de tales sistemas [art. 5.1.b)]. Esta alusión al principio básico de capitalización que rige los planes privados de previsión en nuestro Derecho remite a uno de los aspectos más controvertidos de los sistemas de pensiones, a saber, el régimen de financiación. Como se verá, la discusión en torno a las ventajas e inconvenientes de los dos modelos más habituales de financiar las pensiones, el de reparto o el de capitalización, ha precedido cualquier intento de reforma de los sistemas previsionales de los Estados. Lógicamente, la instauración de una legislación impulsora de los planes de pensiones en nuestro país en la que se apostaba por la capitalización como método de financiación de las pensiones privadas no quedó exenta de un debate sobre este aspecto. De hecho, el Anteproyecto de Ley de Regulación de los Fondos de Pensiones incorporó inicialmente una previsión normativa por la cuál se admitía en las fases iniciales o transitorias del plan la coexistencia de los sistemas de reparto con los de capitalización⁹²³.

Precisamente, antes de proceder al análisis de las implicaciones que el principio de capitalización tiene con respecto al funcionamiento y la ordenación técnica de los planes de pensiones, resulta de enorme interés abordar algunas cuestiones previas que nos ayuden a comprender mejor la importancia del modo de financiar las pensiones privadas a través de la fórmula de la capitalización. En concreto, es interesante ofrecer, en primer lugar, una visión sobre la tradicional confrontación entre el reparto y la capitalización como métodos aparentemente antagónicos de financiación de las pensiones⁹²⁴. Y ello aún cuando parece que en la actualidad la discusión en favor de uno u otro sistema resulta superflua al admitirse que ambos presentan una equivalencia teórica. Del análisis de sus ventajas e

⁹²³ El párrafo 3º de la letra b) del art. 5 del citado Anteproyecto establecía concretamente que “será admisible la coexistencia de sistemas de reparto en las fases iniciales o transitorias de instrumentación de estos planes”. *Vid.* “Anteproyecto de Ley de Regulación de los Fondos de Pensiones”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986, p. 1029.

⁹²⁴ Es éste, como se sabe, un debate que en Francia ha adquirido una importancia central en cualquier discusión acerca del futuro de las pensiones. Un análisis ya clásico del mismo en PICARD, P.: “Retraite par répartition ou par capitalisation: la fin de la guerre de religion”, *Droit Social*, núm. 4, 1986, pp. 341-344.

inconvenientes podemos extraer algunas conclusiones con respecto a la defensa que el legislador realiza de la capitalización privada. En todo caso, como complemento a ese primer análisis puramente teórico, conviene reflexionar acerca de las prácticas adoptadas por determinados países que han postulado la sustitución progresiva, total o parcial, del reparto público por la capitalización privada. El que el legislador español haya optado por un determinado modo de financiar las pensiones privadas debe enmarcarse en el contexto de las reformas de los sistemas de pensiones llevadas a cabo en determinados países. Finalmente, y tras el análisis de los dos aspectos mencionados, será el momento de proceder al estudio pormenorizado de la aplicación del sistema de capitalización a los planes de pensiones regulados en nuestro país.

A) Reparto versus capitalización: un debate inacabado

La financiación de todo sistema de pensiones plantea una lógica tensión entre las dos opciones con las que tradicionalmente se ha venido abordando la misma: el método de reparto o el método de capitalización⁹²⁵. El primero es un sistema por el cual las prestaciones de los beneficiarios son financiadas a través de cotizaciones sociales u otros mecanismos impositivos⁹²⁶. No hay, en este supuesto, una acumulación de capital ya que las pensiones son financiadas por las cotizaciones del momento⁹²⁷. Asimismo, su funcionamiento obedece a un principio de solidaridad intergeneracional en el sentido de que son los activos los que contribuyen con sus pagos a financiar las pensiones de los pasivos, en el entendimiento de que cuando aquéllos alcancen la edad de jubilación los nuevos activos harán lo mismo⁹²⁸. De ahí que se diga que el citado principio tenga carácter permanente al estar sustentado por un contrato social entre generaciones sucesivas⁹²⁹. Por otro lado, el sistema de reparto por definición no tiene

⁹²⁵ Ambas formas atienden a la idea de la adquisición de derechos sobre la producción futura frente al mecanismo de acumulación de la producción actual para su disfrute en los años de inactividad. Véase BARR, N.: *The economics of Welfare State*, Stanford, Stanford University Press, 1993.

⁹²⁶ Cabe recordar la distinción que VENTURI realizaba entre los sistemas de reparto puros o *ex post* y por previsión o *ex ante*, consistiendo el primero en una distribución del coste de las prestaciones entre todos los asegurados a medida que se abonan, mientras el segundo toma en cuenta la correspondencia entre el conjunto de las cotizaciones y las sumas efectivamente distribuidas. Vid. VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos...*, *op. cit.*, pp. 232-234.

⁹²⁷ BENGOCHEA, J. y ERRASTI, J. M.^a: “El futuro de las pensiones”, *Información Comercial Española*, núm. 736, 1994, p. 147. Como indica FUENTE LAVÍN, “(...) en los sistemas de reparto las cotizaciones son equivalentes a las prestaciones distribuidas”, sin tener en cuenta las oscilaciones coyunturales que se puedan dar y la intervención del Estado en la financiación” (*El sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 67).

⁹²⁸ MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R. y ESTEVE MORA, F.: “La economía básica de las pensiones de jubilación”, *Hacienda Pública Española*, núm. 132, 1995, p. 215.

⁹²⁹ Este contrato intergeneracional puede asumir varias formas: 1) provisión ad hoc; 2) tasa fija de sustitución; 2) tasa fija de contribución; 3) tasa fija de sustitución ajustada y 5) posición relativa fija. Cfr. MUSGRAVE, R. A.: “Una reevaluación de la financiación de la Seguridad Social” en VV. AA. (López García, M. A. comp.): *La Economía del sistema de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 159-160.

porqué implicar un mayor grado de redistribución⁹³⁰, sin embargo en la práctica los sistemas públicos de pensiones actuales de reparto no se limitan únicamente a proporcionar una pensión que cumpla el equilibrio actuarial con las cotizaciones realizadas, sino que promueven una redistribución sistemática en favor de determinados colectivos mediante la aplicación de reglas de cálculo del importe de la pensión inicial y de su posterior evolución en el tiempo⁹³¹. Finalmente, hay que apuntar que tradicionalmente el sistema de reparto suele ser de prestación definida en el que la cuantía de la pensión se explicita desde el inicio fijándose *ex lege* las reglas de cálculo y los topes mínimos y máximos a percibir.

Por su parte, en el sistema de capitalización las pensiones se abonan a partir de un fondo creado durante un período de tiempo con las aportaciones de los partícipes y con los intereses generados. Por tanto, será necesario que se produzca una acumulación de recursos de varios años para obtener una pensión. Al acaecer la contingencia objeto de protección el fondo capitalizado se convierte automáticamente en una anualidad vitalicia o bien se permite la opción de cobrar el capital de una sola vez (y soportar el riesgo de agotar su dinero antes de morir) o pagar una prima y transformar el fondo en una anualidad⁹³². Como se tendrá ocasión de comprobar, la capitalización puede tener naturaleza colectiva o individual en función de si se prevé o no algún tipo de transferencia de recursos entre los partícipes. En el primer caso, las aportaciones del partícipe se consideran a título individual por lo que la cantidad aportada por cada partícipe determina su propia pensión futura. En el segundo supuesto, se produce una socialización del riesgo dentro del colectivo⁹³³ determinando el coste global de todas las prestaciones comprometidas y la aportación media correspondiente para todos los componentes del grupo⁹³⁴. Finalmente, el método de capitalización se instrumenta de forma mayoritaria a través del sistema de cotización definida que consiste en la fijación de una aportación determinada que debe realizar el sujeto partícipe durante todo su período de actividad laboral, de forma que la pensión a la

⁹³⁰ DAVIS, E.: *Pension Funds...*, *op. cit.*, p. 35 y MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R. y ESTEVE MORA, F.: “La economía básica de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 215.

⁹³¹ VV. AA. (Muñoz Machado, S., García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las estructuras de bienestar. Constitución, economía y sociedad en España*, Madrid, Fundación ONCE-Civitas, 1997, p. 357. Es ésta una cuestión central en los regímenes de reparto, esto es, la del equilibrio entre las prestaciones que corresponden a una estricta lógica de contrapartida y las que no constituyen una contrapartida de las cotizaciones abonadas (REYNAUD, E.: “Las jubilaciones en la Unión Europea: adaptación a las evoluciones económicas y sociales”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 51, núm. 1, 1998, p. 46).

⁹³² ZUBIRI ORIA, I.: *El futuro del sistema de pensiones en España*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, pp. 28-29.

⁹³³ BETZUEN ZALBIDEGOITIA, A. y BLANCO IBARRA, F.: *Planes y fondos de pensiones. Su cálculo y valoración*. Bilbao, Deusto, 1989, p. 58.

⁹³⁴ FERNÁNDEZ PALACIOS, J.: “El principio de capitalización en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes...*, *op. cit.*, pp. 500-502.

que tiene acceso depende de los rendimientos de mercado de los activos del fondo.

La discusión en favor de uno u otro sistema no resultaría en exceso polémica de no ser porque a lo largo de los últimos años se han ensalzado las ventajas e inconvenientes de ambos. Precisamente, una visión general de las mismas resulta necesario para comprender mejor el estado actual del debate en torno a las preferencias entre uno u otro método de financiación pudiéndose afirmar en la actualidad que se ha podido llegar a una saludable desdramatización⁹³⁵ del problema de la financiación de los modelos de protección social. Entrando de lleno en el análisis de los puntos fuertes y débiles de ambos métodos, hay que apuntar, en primer lugar, que con respecto al sistema de reparto se han destacado del mismo tres aspectos frente al de capitalización.

El primero de ellos atendería a la capacidad que ofrece este método para protegerse adecuadamente de la inflación. La razón se encuentra en que las pensiones bajo un sistema de reparto no se financian con fondos acumulados sino con las cotizaciones de cada momento las cuáles reflejan la evolución global de los salarios al ajustarse de forma gradual a la inflación prevista. El procedimiento resulta casi automático ya que las rentas que capta el sistema de la población activa en forma de cotizaciones están indiciadas como resultado de la negociación colectiva⁹³⁶. En definitiva, la vinculación entre rentas salariales e inflación permite obtener los recursos necesarios para actualizar el valor de las pensiones⁹³⁷. Además, la obligatoriedad del aseguramiento en los sistemas de reparto va a permitir desplazar el riesgo individual hacia el colectivo de personas aseguradas, de modo que aun cuando todos los individuos se pueden ver afectados por la variación de precios, unos colectivos presentan ventajas sobre otros para cubrirse contra la inflación. A la postre, siempre que las rentas salariales se actualicen podremos disponer del colectivo necesario para transferir la renta que necesitamos⁹³⁸. Por el contrario, el método de capitalización es

⁹³⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 177.

⁹³⁶ Este automatismo no es de naturaleza estrictamente técnica, “ya que la actualización de las pensiones a la variación de los precios encubre una decisión política. Siempre que dicha decisión exista, como por ejemplo en el caso español, el sistema actual puede garantizar el objetivo sin dificultad. Ahora bien, si tal decisión no existe; es decir, si no se desease mantener la capacidad adquisitiva de las pensiones, el sistema ajustaría la recaudación hasta la cuantía necesaria para hacer frente a un gasto que, todo lo demás constante, iría disminuyendo en términos reales a lo largo de los años” (SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M. A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de...*, op. cit., p. 35).

⁹³⁷ VV. AA. (Muñoz Machado, S., García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las estructuras de bienestar...*, op. cit., p. 355.

⁹³⁸ SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M. A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de pensiones...*, op. cit., p. 34. En cierto modo, el argumento de la indicación a los salarios reales “se funda en la opinión de que los jubilados tienen derecho a una parte del crecimiento general de la productividad, así como a ser protegidos de la inflación. Parecería que este modo de ver encierra cierta justicia natural” (GILLION, C.: “Desarrollo y reforma de las pensiones de seguridad social: el enfoque de la Oficina Internacional del Trabajo”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 1, 2000, p. 46).

sensible a los efectos de la inflación⁹³⁹ ya que para mantener el valor real de las pensiones debería conseguir rendimientos positivos de la inversión en términos reales⁹⁴⁰. Así, en el sistema de capitalización la cuantía de la pensión depende de factores macroeconómicos sumamente inestables, especialmente el nivel general de los precios y la evolución de los mercados financieros en los que se invierten los recursos acumulados, ya que son estos factores los que determinan los rendimientos reales de las inversiones. De este modo, el importe de la pensión pasa a depender del crecimiento económico, la inflación, etc. y del comportamiento del mercado financiero y de capitales, lo que, en consecuencia, supone que no se puedan garantizar a largo plazo las prestaciones, dado que la rentabilidad está sujeta a la buena gestión de las inversiones, al ciclo económico y a la inflación futura⁹⁴¹. En todo caso, los fondos de pensiones podrían asegurar a los partícipes contra la inflación del período contributivo aumentando periódicamente las aportaciones, e, incluso, diseñando un esquema que tuviera en cuenta la inflación esperada tras la jubilación, pero no se podría hacer nada contra la inflación no anticipada⁹⁴².

Otra de las ventajas que se predicán de los regímenes de reparto frente a los de capitalización es que al no precisar la formación de capital alguno los derechos de pensión se pueden satisfacer desde la puesta en marcha del sistema al financiarse con las cotizaciones del momento⁹⁴³. Por contra, la dinámica de funcionamiento del sistema de capitalización hace necesario la constitución de un fondo durante varios años para poder obtener la pensión. Precisamente, la necesidad de que transcurra un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se produzca la formación de un fondo de acumulación ha sido uno de los argumentos barajados en contra de la transformación total o parcial de los sistemas de reparto actuales en sistemas capitalizados. La transición de un modelo a otro supondría un elevado coste para la población activa ya que se vería obligada a pagar dos

⁹³⁹ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 64. Como indica JAMES, “el gran problema de los sistemas privados de pensiones es la lucha contra la inflación” (“Los Fondos de Pensiones: el fracaso...”, *op. cit.*, p. 9).

⁹⁴⁰ OLLER ARIÑO, J. L. y SEGURA RODA, F.: “Una visión liberal de las pensiones”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, p. 311.

⁹⁴¹ OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Una evaluación de las reformas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, núm. 2, 2004, p. 37.

⁹⁴² VV. AA. (Muñoz Machado, S., García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las estructuras de bienestar...*, *op. cit.*, p. 355. Como ha señalado HEMMING, “en el marco de la espera de una elevada inflación, la capitalización no es por cierto intrínsecamente difícil. Si lo fuese, tendría que existir la misma dificultad si en el ámbito de una inflación cero se capitalizara una pensión no indizada. No es sorprendente que rara vez se efectúe esta afirmación. Lo que debe preocupar es la inflación inesperada, en cuyo caso sería razonable alegar que en ausencia de un activo indizado es difícil proveer una indización para defenderse de un pasivo indizado” (“¿Las pensiones públicas deben ser capitalizadas?”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 52, núm. 2, 1999, p. 16).

⁹⁴³ MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R. y ESTEVE MORA, F.: “La economía básica de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 215. En el mismo sentido MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 61 y BENGOCHEA, J. y ERRASTI, J. M.: “El futuro de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 149.

veces la financiación de las pensiones: la de los jubilados actuales, al no estar constituido el fondo, y la pensión propia⁹⁴⁴. Incluso, aunque fuera el Estado el que asumiera el pago de las pensiones de los jubilados actuales y también las de todos aquellos que se fueran jubilando en el futuro y hasta el momento hubieran cotizado en el sistema de reparto, no se evitarían tampoco los problemas económicos de la transición ya que ello implicaría que el Estado estuviera pagando pensiones sin ingresos por cotizaciones lo que le obligaría a emitir deuda pública o aumentar los impuestos⁹⁴⁵.

Por último, quedaría por analizar un tercer aspecto de la superioridad teórica del sistema de reparto con respecto al de capitalización, a saber, el de la equidad social, o lo que es lo mismo, el de los efectos redistributivos de los gastos de los sistemas de pensiones. Y así, se considera que el sistema de capitalización no produce ninguna redistribución de la renta⁹⁴⁶, por lo que se le considera neutral, frente al de reparto que sí puede favorecer una redistribución más equitativa de la renta⁹⁴⁷. Como ya se apuntó, los sistemas de reparto se organizan sobre la base del principio de solidaridad intergeneracional que informa del modo en que una generación en activo financia a otra de jubilados y del grado de protección que la primera puede esperar en el futuro de la generación que le sucede cuando pase de la condición activa a la pasiva. Al mismo tiempo, el sistema se puede diseñar para que tenga lugar una equidad intrageneracional⁹⁴⁸, fundamentalmente a través de una desvinculación entre cotizaciones y prestaciones que permita una redistribución vertical de la renta. En todo caso, la consecución de estos efectos redistributivos dependerá de la existencia de una estabilidad económica y muy especialmente de que el sistema tenga altas tasas de cobertura de la población⁹⁴⁹. Esta consecución de la equidad social contrasta con la finalidad esencial de los sistemas de capitalización que atienden más bien a un tipo de equidad individual al reforzarse con esta técnica el principio de proporcionalidad entre las

⁹⁴⁴ CASAHUGA, A.: “El sistema de pensiones públicas”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, p. 302.

⁹⁴⁵ ZUBIRI ORIA, I.: *El futuro del sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 59. En algunos casos, “se ha constatado que su creación, lejos de disciplinar a las administraciones públicas, ha alimentado su déficit, contribuyendo al deterioro del ahorro nacional” (BENGOECHEA, J. y ERRASTI, J. M.^a: “El futuro de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 149).

⁹⁴⁶ Un análisis de los efectos distributivos en las pensiones privadas en BEHRENDT, C.: “Pensiones privadas: ¿una opción viable?...”, *op. cit.*, pp. 3-27.

⁹⁴⁷ GONZÁLEZ i CALVET, J.: “La reforma de la Seguridad Social (o sobre la Teoría a propósito de un debate)”, *Mientras Tanto*, núm. 33, 1988, p. 53.

⁹⁴⁸ Sobre este aspecto, véase MARTÍNEZ NOVAL, L.: “Pensiones: en defensa del sistema de reparto”, en VV. AA. (Garde, J.A., ed.): *Informe 2000. Políticas sociales y Estado de Bienestar en España*, Madrid, Fundación Hogar del Empleado, 2000, pp. 189-223.

⁹⁴⁹ De no conseguirse una elevada cobertura, el efecto redistributivo disminuye. Como señala OCHANDO CLARAMUNT, “esta es una de las críticas esgrimidas contra los sistemas públicos en los países latinoamericanos” (“Una evaluación de las reformas de los sistemas...”, *op. cit.*, p. 38). Sobre los factores que pueden dar lugar a efectos distributivos regresivos con el sistema de reparto, véase JAMES, E.: “Proveer una mejor protección y facilitar el crecimiento: una defensa de *Envejecimiento sin crisis*”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 46, núm. 3, 1996, pp. 10-12.

contribuciones y los beneficios de cada una de los sujetos aportantes al sistema.

Frente a las virtudes que se han expuesto del método de reparto se hace necesario exponer a continuación el grupo de las ventajas de los regímenes de pensiones que funcionan bajo el sistema de capitalización. En primer lugar, cabe apuntar uno de los argumentos más utilizados para dar prevalencia a los sistemas de capitalización frente a los de reparto. Nos referimos al efecto incentivador del ahorro nacional de los regímenes de capitalización, frente a los de reparto que, al contrario, darían lugar a una disminución sustancial del mismo⁹⁵⁰. Se consideraría, en este sentido, que el efecto favorable sobre el ahorro se produciría porque las cotizaciones de los sistemas de reparto irían a parar a los fondos de pensiones que aumentarían los recursos financieros disponibles para la economía nacional, lo que, en consecuencia, impulsaría la inversión⁹⁵¹, favorecería el crecimiento económico y permitiría disponer de un mayor output en el futuro a repartir entre activos y jubilados⁹⁵². Se solventaría, de este modo, la reducción global del ahorro que se produce con un sistema de reparto ya que se considera probado que bajo este método de financiación no se efectúa una acumulación de reservas sino que el Estado utiliza los ingresos que obtiene de la generación activa para pagar las pensiones actuales⁹⁵³, produciéndose únicamente una transferencia intergeneracional y, además, los individuos tienden a ahorrar menos voluntariamente al percibir las obligaciones del Estado en materia de pensiones como un verdadero activo y, en particular, como un sustituto del ahorro⁹⁵⁴.

Por otro lado, otro de los argumentos que se han aducido en favor de la capitalización es que se enfrenta mejor al impacto demográfico ya que es

⁹⁵⁰ Ha indicado HOLZMANN que “como sugieren las pruebas empíricas de los países desarrollados y de los emergentes, los sistemas públicos de pensiones deficientemente concebidos pueden distorsionar los ahorros del ciclo de vida y las decisiones laborales y conducir al peso muerto de las pérdidas, a un nivel de rendimiento más bajo y a una trayectoria de menor crecimiento de la producción. Más importante todavía es que la financiación de los regímenes de pensiones por mandato público puede afectar al ahorro global y al desenvolvimiento del mercado de capitales y que ambas cosas pueden repercutir sobre el crecimiento económico” (“El enfoque del Banco Mundial respecto de la reforma de las pensiones”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 1, 2000, p. 17).

⁹⁵¹ HUERTA de SOTO, J.: “Experiencias internacionales sobre la crisis de la Seguridad Social y el papel de los planes de pensiones privados en su reforma”, *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 125, 1985, p. 338.

⁹⁵² MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R. y ESTEVE MORA, F.: “La economía básica de las pensiones...”, *op. cit.*, pp. 220-221. Se destaca, por la doctrina italiana, esta defensa que desde diversos sectores se hace de la función económica-financiera de la previsión complementaria de capitalización y sus efectos positivos en general sobre el mercado de capitales (LEONE, G.: “Interesse pubblico e interessi privati...”, *op. cit.*, pp. 304-305 y CANDIAN, A. D.: *I fondi pensione*, Milán, Ipsoa, 1998, p. 6).

⁹⁵³ “...lo que se aporta en un período se consume en dicho período. Elimina, por tanto, toda posibilidad de fomentar el ahorro.” (BETZUEN ZALBIDEGOITIA, A. y BLANCO IBARRA, F.: *Planes y fondos de pensiones...*, *op. cit.*, p. 59).

⁹⁵⁴ CASAHUGA, A.: “El sistema de pensiones...”, *op. cit.*, p. 299 y OLLER ARIÑO, J. L. y SEGURA RODA, F.: “Una visión liberal...”, *op. cit.*, p. 311.

insensible a la reducción del número de cotizantes por pensionista⁹⁵⁵. Esto se deduce del hecho aparentemente incontrovertible de que las pensiones que se percibirán por los futuros pensionistas no dependen de las aportaciones de las generaciones más jóvenes sino de los fondos que ellos mismos hayan generado durante su etapa activa⁹⁵⁶. Por contra, en el sistema de reparto el trabajador cotiza para pagar las pensiones de la generación anterior, de modo que las cantidades aportadas por las personas activas determinan las pensiones actuales. De ahí que en un contexto como el actual en el que se produce un aumento en la esperanza de vida y unas tasas muy bajas de natalidad el sistema de reparto tenga que enfrentarse a un incremento considerable del gasto en pensiones a través del aumento de las cotizaciones o la disminución de las prestaciones para, de este modo, equilibrar financieramente el sistema⁹⁵⁷.

Finalmente, la defensa de los regímenes de capitalización se basa fundamentalmente en la tesis de su mayor capacidad para ofrecer una rentabilidad más elevada que los sistemas de reparto. A grosso modo, las diferencias entre uno y otro sistema se debe a que la tasa de retorno de un sistema capitalizado puede llegar a incrementarse mucho más que la tasa implícita de retorno que proporciona el método de reparto, de modo que los regímenes capitalizados pueden llegar a proveer pensiones más cuantiosas que los sistemas de reparto debido a que los rendimientos del mercado de valores son más altos⁹⁵⁸. Se confía, de este modo, en que el tipo de interés que sirve para medir la rentabilidad de los fondos capitalizados será mayor a largo plazo que la tasa de crecimiento económico con la que se valora la rentabilidad de los sistemas de reparto⁹⁵⁹.

Como se ha podido comprobar, la superioridad en abstracto de un método de financiación se ha expuesto sobre la base de las deficiencias del

⁹⁵⁵ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 62.

⁹⁵⁶ HUERTA de SOTO, J.: “Experiencias internacionales sobre la crisis...”, *op. cit.*, p. 339.

⁹⁵⁷ Un análisis crítico de la supuesta fatalidad demográfica a la que se enfrentan los sistemas de pensiones que funcionan con el método de reparto se puede encontrar en VV. AA. (Khalifa, P. y Chanu, P. Y. coords.): *Les retraites au péril du libéralisme*, Paris, Syllepse, 3.ª ed., 2002, pp. 13-26..

⁹⁵⁸ Apuntaba FELDSTEIN, que “un programa privado de pensiones puede ofrecer al jubilado pensiones superiores al valor total de sus contribuciones porque invierte los fondos recaudados en acciones y obligaciones que producen intereses. En los últimos veinticinco años, el rendimiento real anual (después de ajustarlo a la inflación) fue de 8 por 100 para las acciones ordinarias y de 3 por 100 para las obligaciones de las sociedades. Una cartera conservadora formada en partes iguales por acciones y obligaciones habría obtenido un rendimiento de más del 5 por 100 para el programa privado y sus beneficiarios” (“Como hacer frente a la crisis de la Seguridad Social”, en VV. AA. (López García, M. A. comp.): *La Economía del sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 794).

⁹⁵⁹ Como indica ZUBIRI ORIA, citando a FELDSTEIN y SAMWICK, en tanto “el crecimiento de las rentas salariales en los EE.UU. entre 1960 y 1995 ha sido el 2,5% anual, el rendimiento del capital invertido en bolsa ha sido del 9%, casi 4 veces más. Esto significa que una inversión (cotización) a 30 años de 1 euro en el sistema de reparto genera los mismos rendimientos que 16 céntimos invertidos en un sistema de capitalización. O, por ponerlo de otra forma que, a treinta años vista, cotizando a un sistema de capitalización el 16% de lo que se cotiza a un sistema de reparto se obtendría la misma pensión” (*El futuro del sistema...*, *op. cit.*, pp. 58-59).

otro. O, lo que es lo mismo, los puntos fuertes de uno suelen estar fundamentados sobre los problemas del otro. En todo caso, los argumentos mostrados para la defensa de ambos sistemas exigen una mínima consideración crítica ya que en todos ellos cabe formular algún tipo de objeción. De hecho, del análisis de las bondades de ambos sistemas podemos apuntar una conclusión segura, a saber, el que la prevalencia reparto/capitalización en términos de eficiencia económica viene condicionada por determinados parámetros como la proporción jubilados/activos, la tasa de rendimiento del capital, la tasa de incremento de las contribuciones y la tasa de crecimiento del colectivo asegurado y su incidencia en la estabilidad de la relación activos/pasivos⁹⁶⁰. Por ello, resulta perfectamente lícita la opción por uno u otro sistema en función de la reflexión comparada de las virtudes y debilidades que presentan.

Por lo pronto, las pensiones capitalizadas se enfrentan del mismo modo que los regímenes de reparto al problema del envejecimiento de la población. Al ser ambos sistemas o mecanismos para transferir renta desde la población laboral activa hacia la población pasiva, los dos métodos se verán afectados por un debilitamiento de la tasa de crecimiento económico lo que supondrá una menor cantidad de renta a distribuir y menores pensiones bajo cualquier sistema⁹⁶¹. Los efectos, por tanto, son los mismos, lo que ocurre es que la diferencia entre uno y otro deriva del modo en que se manifiesta esa transferencia de renta, que en el caso del sistema de reparto es más visible, al efectuarse mediante el pago de cotizaciones sociales obligatorias, y más sutil en el sistema de capitalización, al producirse con la disposición de los derechos acumulados por los pensionistas⁹⁶². En definitiva, el impacto demográfico afecta por igual a

⁹⁶⁰ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes...*, *op. cit.*, p. 206 y REYNAUD, E.: “Financiamiento de las jubilaciones: reparto y capitalización en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 48, núms. 3-4, 1995, p. 50.

⁹⁶¹ SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M.A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de...*, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁶² La explicación la ofrece con especial contundencia BARR, N.: “Reforma de las pensiones: mitos, verdades y opciones políticas”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 55, núm. 2, 2002, pp. 9-10. Así, considera este autor, “si a una vasta generación sigue otra más pequeña, habrá una gran acumulación de fondos de pensión pertenecientes a la generación más vieja en momentos en que la fuerza de trabajo declina. La generación más vieja va extrayendo su ahorro acumulado para financiar el nivel de consumo que desea su durante su jubilación. Este gasto deseado excederá de las cotizaciones de pensión deseadas de la generación más joven y más pequeña. Si la producción no sube, el desequilibrio resultante se manifiesta en cualquiera de las dos maneras siguientes: a) supongamos que los pensionados buscan un poder sobre la producción futura, acumulando activos monetarios tales como cuentas de banco o bonos del gobierno. En ese caso, el consumo deseado de los pensionados excede del ahorro deseado de los trabajadores. El exceso de demanda en el mercado de bienes causa una inflación de los precios y reduce el poder adquisitivo de las rentas vitalicias del período 2; b) supongamos, en cambio, que los pensionados acumulan activos no monetarios, como por ejemplo acciones. En ese caso, las ventas deseadas de activos por los pensionados exceden de las compras deseadas de activos por los trabajadores. El exceso de oferta en el mercado de activos baja los precios de éstos, reduciendo las acumulaciones de pensión y por consiguiente el valor de la renta vitalicia resultante. En cualquiera de las dos situaciones los jubilados no obtienen la pensión real que aguardan. Las pensiones capitalizadas enfrentan problemas análogos a los de

ambos métodos de financiación ya que de producirse un aumento de la tasa de dependencia (relación entre pensionistas y activos) necesariamente se tendrá que reducir la participación de los activos sobre la producción por ellos generada, o alternativamente reducir los derechos de compra de los jubilados⁹⁶³.

Por otro lado, tampoco resulta tan claro que los sistemas de capitalización aumenten el ahorro y que de producirse, se incida en un mayor empleo y un incremento considerable de la producción⁹⁶⁴. No existe, en este sentido, un vínculo directo entre capitalización y crecimiento económico. Se aducen cuatro razones⁹⁶⁵ en favor de esta consideración: a) los incrementos del ahorro, de darse, sólo ocurren durante la creación del fondo; en un régimen que ha llegado a la madurez el ahorro de los trabajadores es igual a los pagos que se efectúan a los pensionistas; b) ni siquiera en el curso de la fase de acumulación el ahorro aumenta necesariamente ya que los incrementos del ahorro forzoso pueden verse neutralizados, al menos en parte, por disminuciones del voluntario; c) el ahorro no conduce necesariamente a nuevas inversiones y d) el aumento de las inversiones no acrecienta necesariamente la producción. En realidad, sobre el ahorro final de una economía pueden estar incidiendo una serie de factores económicos e institucionales tales como la estabilidad macroeconómica, el crecimiento económico y del empleo, la reforma fiscal, la regulación pública sobre el sistema financiero, etc.⁹⁶⁶. Además, para el caso de las pensiones capitalizadas voluntarias incentivadas mediante reducciones fiscales cabe decir que las mismas no tienen porqué generar ahorro adicional ya que, por un lado, lo único que se consigue con los incentivos es trasladar a planes de pensiones el ahorro que de otro modo se hubiera invertido en otros activos, además de que su adquisición tiene lugar entre las rentas altas. Ambos aspectos evidencian un aspecto clave, a saber, y es que los planes privados voluntarios no suponen una

regímenes PAYG, y por exactamente la misma razón: una falta de producción. La única diferencia es que en la capitalización el proceso es menos directo y por lo tanto menos transparente”.

⁹⁶³ MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R. y ESTEVE MORA, F.: “La crisis del sistema público de pensiones: ¿un problema de eficiencia? en VV. AA. (Ochando, S.; Salvador, C. y Tortosa, M.^a A. eds.): *El sistema público de pensiones...*, *op. cit.*, p. 119. Apuntan estos autores que “el aumento de la tasa de dependencia no tiene que dar lugar en toda situación, lo que se olvida sistemáticamente, a tensiones en el funcionamiento de las pensiones (...)” siempre que hayan aumentos de igual o mayor intensidad en la productividad del trabajo (“La economía básica de las pensiones...”, *op. cit.*, pp. 216). Argumentos parecidos se pueden encontrar en KRÄTKE, M.: “Les marchés financiers dans le capitalisme contemporain” en VV. AA.: *Capitalisme: quoi de neuf?*, Paris, Syllepse, 2002, pp. 71-82.

⁹⁶⁴ En puridad, “cada uno de los eslabones de la cadena de causalidad que ligan a los fondos de pensiones con la expansión del mercado de capitales, y a este último con el crecimiento económico, puede cuestionarse seriamente, tanto en términos teóricos como empíricos” (SINGH, A.: “Reforma de las pensiones, mercado de valores, formación de capital y crecimiento económico: un comentario crítico sobre las propuestas del Banco Mundial”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 49, núm. 3, 1996, p. 49).

⁹⁶⁵ BARR, N. “Reforma de las pensiones...”, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁹⁶⁶ OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Una evaluación de las reformas de los sistemas...”, *op. cit.*, p. 43.

garantía de que en el futuro se puedan reducir las pensiones públicas sin menoscabo del nivel de vida de los pensionistas, a lo que hay que añadir además, el coste muy elevado, en términos de recaudación, que suponen los incentivos fiscales a la contratación de planes⁹⁶⁷.

Otro tercer aspecto que ha servido para diferenciar a ambos sistemas es el de la rentabilidad esperada. Respecto del mismo se argumentaba la superioridad técnica del método de capitalización en base a su mayor capacidad para obtener rentabilidades más elevadas⁹⁶⁸. Precisamente, esta consecuencia dista de ser tan clara en un escenario en el cuál el crecimiento económico implique la igualdad entre la tasa de crecimiento de la renta, el tipo de interés y la tasa de crecimiento de la población⁹⁶⁹, de modo que con la capitalización tan sólo se podrían esperar rentabilidades más elevadas en el caso de que el rendimiento de los activos en que se invierten los fondos de pensiones sea superior al crecimiento del producto interior bruto⁹⁷⁰. De no ser así, o lo que es lo mismo, en el supuesto de que la tasa de variación de la productividad, el empleo y su producto sea mayor que la tasa de interés, el sistema de reparto garantizará un rendimiento mayor⁹⁷¹. Además, no hay que olvidar que los sistemas de capitalización se enfrentan a riesgos financieros importantes ya que, como se ha dicho, el rendimiento de la inversión de los fondos acumulados está sujeto a la evolución de variables económicas sumamente inestables⁹⁷². Estos riesgos económicos, junto con la precariedad de los derechos de pensión, han servido para que, una parte nada desdeñable de la doctrina francesa, rechaze algún tipo de reforma en profundidad del modelo de protección social que de cabida de forma sustancial al método de capitalización⁹⁷³.

⁹⁶⁷ ZUBIRI ORIA, I.: *El futuro del sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 111.

⁹⁶⁸ CONCIALDI, P.: “Debats et enjeux autour des retraites. Un état des lieux”, *L’Année de la régulation*, núm. 4, 2000, p. 189.

⁹⁶⁹ MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R. y ESTEVE MORA, F.: “La economía básica de las pensiones...”, *op. cit.*, pp. 216.

⁹⁷⁰ VV. AA. (Muñoz Machado, S., García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las estructuras de bienestar...*, *op. cit.*, p. 353.

⁹⁷¹ MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R. y ESTEVE MORA, F.: “La economía básica de las pensiones...”, *op. cit.*, pp. 216 y BENGOCHEA, J. y ERRASTI, J. M.ª: “El futuro de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 149.

⁹⁷² Resulta de sobras conocido a estas alturas que “las crisis financieras internacionales de los últimos años han permitido visualizar algunos de los problemas a los que se enfrentan los partícipes de fondos de pensiones cuando han querido acceder a la jubilación en un momento en el cual su aportación incluso ha reducido su valor patrimonial inicial. Las opciones han oscilado entre la pérdida definitiva de una parte de los ahorros acumulados durante toda su vida y/o el retraso de la jubilación, sin fecha cierta, hasta alcanzar un momento más propicio” (SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M.A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de...*, *op. cit.*, p. 211). Un análisis exhaustivo de los riesgos a los que se enfrentan los planes de pensiones, señaladamente los de aportación definida, se puede encontrar en TURNER, J.: “Risk Bearing in Pension Plans”, en (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives...*, *op. cit.*, pp. 82-96.

⁹⁷³ Vid. SAINT-JOURS, Y.: “Les retraites supplémentaires par capitalisation: côté pile et côté face”, *Droit Social*, núm. 6, 1996, pp. 627-633.

Precisamente, este último aspecto, el modo en que cada sistema trata de minimizar los costes inducidos por los problemas de información a los que es preciso hacer frente, hace que se considere al sistema de reparto como superior con respecto al de capitalización. Los cambios que se den en variables como la estimación de la longevidad, la inflación esperada, la rentabilidad financiera y las tasas de crecimiento económico se afrontan mejor desde el método de reparto ya que los costes en los que se incurra por la desviación de los valores estimados se van a poder repartir entre generaciones distintas, mientras que con el método de capitalización todo el coste recae en el asegurado⁹⁷⁴.

En cualquier caso, también el sistema de reparto se somete a una crítica severa en cuanto a las virtudes que se predicen del mismo, especialmente en cuanto a sus efectos redistributivos. En efecto, se han puesto de manifiesto que determinados factores impedirían o, incluso, distorsionarían el objetivo de la redistribución intrageneracional. Como ejemplos: la concesión de pensiones más elevadas a los trabajadores de salarios superiores, la no consideración de las expectativas de vida más altas de los grupos mejor pagados, la forma del cálculo de las pensiones que favorece a los trabajadores con un perfil de ganancias creciente, la exclusión de la protección del sistema de quienes no tienen contratos estables o la existencia de regímenes o planes especiales para ciertos grupos de trabajadores privilegiados⁹⁷⁵.

Pero también se destacan del sistema de reparto (de prestaciones definidas) los riesgos políticos a los que está expuesto debido, principalmente, a que el gobierno pueda haber prometido un nivel de prestación inasumible en el futuro, lo que exigiría algún tipo de modificación a la baja de los compromisos adquiridos. En definitiva, el riesgo consiste en que el gobierno no prevea de modo preciso las obligaciones asumidas, teniendo que corregir los parámetros del sistema a través de decisiones políticas no fácilmente asumibles por los beneficiarios⁹⁷⁶. Además, de resultar dudoso que el sistema pueda pagar las pensiones a las que se comprometió, existe la posibilidad de que las generaciones activas se desentiendan en mayor o menor grado de sus obligaciones en relación con los ya jubilados, dado lo pesado de la carga financiera que suponen las mismas⁹⁷⁷. A decir verdad, el argumento del riesgo de fracaso gubernamental en los regímenes de reparto, aún siendo evidente, resulta insuficiente de no tenerse en cuenta la vulnerabilidad del método de capitalización con respecto a determinadas decisiones políticas.

⁹⁷⁴ SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M.A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de...*, *op. cit.*, p. 211

⁹⁷⁵ Al respecto, véase JAMES, E.: "Proveer una mejor protección...", *op. cit.*, p. 11 y OCHANDO CLARAMUNT, C.: "Una evaluación de las reformas de los sistemas...", *op. cit.*, p. 39.

⁹⁷⁶ GILLION, C.: "Desarrollo y reforma de las pensiones...", *op. cit.*, p. 46.

⁹⁷⁷ HUERTA DE SOTO, J.: "Experiencias internacionales sobre la crisis...", *op. cit.*, p. 330.

Así, tampoco la capitalización resultaría ajena a determinadas aspectos del proceso político, en concreto, algunas decisiones fiscales pueden derivar en una situación inflacionista provocando una descapitalización de los fondos privados e, incluso, la incapacidad de los gobiernos a la hora de regular los mercados financieros puede crear inequidades o, simplemente, desaprovechar los logros de eficiencia que las pensiones privadas están destinadas a generar⁹⁷⁸.

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir, tal y como ya se apuntó, que las ventajas teóricas de uno u otro sistema son, por tanto, menos decisivas de lo que suelen mantener los defensores de los mismos. Sin embargo, cabe preguntarse entonces porqué desde determinados sectores se apuesta decididamente porque sea el sistema de capitalización el que protagonice cualquier intento de reforma de los sistemas públicos de pensiones y, más aún, que sea el método más adecuado para instrumentar una eventual privatización de las pensiones. Para la obtención de algún tipo de conclusión al respecto se hace necesario realizar un breve estudio de los planteamientos que desde hace bastantes años se vienen promoviendo desde diferentes organismos, los cuáles se han traducido en la práctica en la consolidación de la capitalización como un elemento, cuando menos esencial, de las actuales reformas de los sistemas de protección social.

B) El avance de las fórmulas de la capitalización

El protagonismo, en la actualidad, de la capitalización como método de financiación deriva del rumbo que han adquirido gran parte de las reformas emprendidas por los Estados en sus sistemas de pensiones. El grueso de las medidas adoptadas por los gobiernos hasta hace poco, tendentes todas ellas a corregir las deficiencias financieras de la Seguridad Social, no cuestionaban el modelo de protección social, ni mucho menos el método de reparto que regulaba su funcionamiento. Sin embargo, el acoso a este sistema de financiación resulta hoy bastante evidente en función de las decisiones adoptadas por distintos países en el continente europeo. Se apuesta, en este sentido, por hacer de la capitalización la fórmula idónea para atajar la crisis de los sistemas de protección social favoreciendo el repliegue progresivo, total o parcial, del reparto público.

Conviene recordar, en este sentido, que el punto de arranque de este proceso por goteo de reformas de las pensiones estatales con la cada vez

⁹⁷⁸ BARR, N. "Reforma de las pensiones...", *op. cit.*, p. 23. Como se ha podido subrayar, "en los sistemas privados de aseguramiento la gestión necesaria se realiza mediante una relación privada entre el asegurado y la compañía, mientras que en los sistemas públicos actuales esta gestión se realiza de manera colectiva a través de un proceso político democrático. Tanto un sistema como otro, sin embargo, precisan de restricciones institucionales para garantizar su gobierno. Cualquier déficit de regulación puede ser considerado como un riesgo político. Ambos sistemas, por tanto, pueden verse afectados negativamente por decisiones discrecionales de los poderes públicos" (SERRANO PÉREZ, F., GARCÍA DÍAZ, M.A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de...*, *op. cit.*, p. 42).

mayor presencia de la capitalización debe situarse en las propuestas lanzadas por el Banco Mundial en su informe *Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento* y, muy especialmente, con la reforma radical llevada a cabo en Chile en 1981. El documento del Banco Mundial propició toda clase de reflexiones⁹⁷⁹ ya que en el mismo se recomendaba la adopción de un sistema de pilares múltiples en el que se ponía un mayor énfasis en el ahorro y se trataba de favorecer la utilización de una combinación de gestión pública y privada y de financiación por capitalización completa y por reparto⁹⁸⁰. Así, el sistema ideado se estructuraba en tres niveles de protección, dos de ellos obligatorios y uno voluntario. De los dos pilares obligatorios, uno adoptaba el mecanismo financiero de la capitalización y se debía gestionar por entidades privadas. El otro, debía ser financiado mediante impuestos y gestionado por el Estado para proveer una red de seguridad. Finalmente, el tercer nivel tendría carácter facultativo dado que estaría pensado para aquellas personas que quisieran acceder a una seguridad adicional. Se aducían en favor de este sistema de pilares múltiples una serie de ventajas, siendo la más importante la de favorecer una diversificación del riesgo ante las dificultades planteadas por el impacto demográfico y la reducción de las tasas de sustitución⁹⁸¹.

Pero, quizás, el debate en torno a la virtudes de la capitalización adquirió una mayor significación a partir de la reforma del régimen previsional chileno al adoptarse la decisión de transformar un sistema público de pensiones de prestaciones definidas en otro, obligatorio también, pero de cotización definida y de cuentas individuales gestionadas por administradoras privadas de fondos. El modelo chileno generó todo tipo de posturas encontradas⁹⁸², pero consiguió convertirse en un referente para otros países, especialmente de América Latina⁹⁸³, y también para ciertos

⁹⁷⁹ Una contestación al planteamiento del Banco Mundial vino de BEATTIE, R. y MCGILLIVRAY, W: “Una estrategia riesgosa: reflexiones acerca del informe del Banco Mundial titulado *Envejecimiento sin crisis*”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 48, núms. 3-4, 1995.

⁹⁸⁰ JAMES, E.: “Proveer una mejor protección...”, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁸¹ HOLZMANN, R.: “El enfoque del Banco Mundial...”, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁸² Al respecto, se pueden consultar, GILLION, C. y BONILLA, A.: “La privatización de un régimen nacional de pensiones: El caso chileno”, *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 111, núm. 2, 1992, pp. 193-221 y BUSTOS CASTILLO, R.: “Comentarios sobre “La privatización de un régimen nacional de pensiones: El caso chileno””, *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 112, núm. 3, 1993, pp. 481-490.

⁹⁸³ Aunque, como ha sido señalado acertadamente, los cambios estructurales en los países latinoamericanos no se han dado tanto como uno modo de abordar los problemas de financiación y sostenibilidad de los sistemas públicos de protección social ante los cambios demográficos, sino más bien a causa del mal funcionamiento de los sistemas públicos y de los enormes defectos de su gestión y administración por parte de los sucesivos gobiernos (LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las reformas legislativas en materia...*, *op. cit.*, p. 21 y OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Una evaluación de las reformas...”, *op. cit.*, p. 31). Como indica ROSS, “(...) hacia fines de los años 70, estos sistemas habían degenerado para constituir operaciones de reparto. Los caracterizaba la corrupción, el fraude y la colusión y en términos de solvencia financiera o equidad en el suministro de las prestaciones carecían de credibilidad” (“Doctrina y práctica en la reforma de las pensiones de seguridad social”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 2, 2000, p. 22).

países de Europa central y oriental⁹⁸⁴. En lo que se refiere a los países latinoamericanos no todos optaron por el mismo modelo de reforma. De hecho, algunos se decantaron por sustituir el sistema público de reparto por uno de capitalización (modelo sustitutivo: Bolivia, México, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana); otros crearon un nuevo sistema privado pero manteniendo el sistema público reformado, de modo que el trabajador podía elegir entre uno u otro (modelo dual o paralelo: el caso de Perú y Colombia) y, finalmente, otros optaron por un sistema mixto (Argentina, Uruguay y Costa Rica)⁹⁸⁵. Por su parte, las reformas de los regímenes de pensiones de los países del Este (en concreto, Hungría, Polonia, Letonia, Bulgaria, Croacia y Estonia) se configuraron finalmente como una especie de combinación entre el sistema público de reparto, que fue reformado al efecto, y un régimen de cotizaciones definidas gestionadas por entidades privadas o por el sector público⁹⁸⁶.

Resulta evidente, por tanto, que las tesis defendidas por el Banco Mundial cobraron especial protagonismo a través de las reformas estructurales emprendidas, especialmente en los países latinoamericanos. De hecho, se ha podido decir que el debate doctrinal en torno a las reformas de la seguridad social en el que se enfrentaban dos posturas contrapuestas – la de los profesionales de la Seguridad Social y la de los economistas – arrojó un resultado positivo en favor de los segundos en su defensa de los mecanismos de mercado y la responsabilidad individual⁹⁸⁷. En definitiva, las propuestas economicistas controlaron el debate y se impusieron en las reformas acaecidas en Latinoamérica⁹⁸⁸.

En lo que respecta a la Unión Europea, la potenciación de los regímenes capitalizados individuales y colectivos de ahorro ha cobrado especial relevancia a raíz de las reformas de distinta índole llevadas a cabo en Suecia, Alemania e Italia. Las decisiones adoptadas por estos países van desde la introducción de complementos voluntarios basados en la capitalización (Alemania) al establecimiento de un régimen obligatorio de cotizaciones definidas teóricas (Suecia e Italia). En el primer caso, se va a poder aportar hasta un 4 por 100 del salario a cuentas individuales que el Gobierno promociona a través de beneficios fiscales y determinadas ayudas. En el segundo, se ha optado por un sistema de cuentas

⁹⁸⁴ Véase al respecto, FULTZ, E.: “Reforma de las pensiones en los países que van ingresando en la Unión Europea: desafíos, logros y escollos”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, núm. 2, 2004, pp. 3-29.

⁹⁸⁵ MESA-LAGO, C.: “La reforma estructural de las pensiones de seguridad social en América Latina: modelos, características, resultados y lecciones”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 54, núm. 4, 2001, pp. 78-79.

⁹⁸⁶ Una excepción fue Kazakhanstan que decidió sustituir su antiguo régimen de reparto por otro capitalizado (TORTUERO PLAZA, J. L. y AGUILA CAZORLA, O. del: “Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica...”, *op. cit.*, p. 55).

⁹⁸⁷ ROSS, S.: “Doctrina y práctica en la reforma...”, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁸⁸ OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Una evaluación de las reformas...”, *op. cit.*, p. 32.

nocionales⁹⁸⁹, algo así como un plan obligatorio de cuentas individuales al que se dirigen, en el caso de Suecia, el 2,5 por 100 de las cotizaciones⁹⁹⁰. Ciertamente, la introducción de la capitalización en Europa no puede resultar una novedad a tenor de las diferentes vías de recepción de este método de financiación a lo largo de la evolución histórica de los sistemas de pensiones de los países europeos. Pero, en todo caso, lo que se presenta como verdaderamente novedoso es la nueva configuración que determinados países están dando a su pilar profesional, público y contributivo, y financiado bajo el sistema de reparto⁹⁹¹. En realidad, lo que dejan entrever estas reformas es que en los países de la Europa de Bismarck y de Beveridge la capitalización ya no se ve como una amenaza sino más bien como una forma de diversificar los riesgos financieros a los que se enfrentan en la actualidad los sistemas de pensiones⁹⁹². Se acepta como inevitable la adopción de medidas que promuevan la introducción de regímenes capitalizados de ahorro de distinta intensidad, ya voluntarios u obligatorios, en combinación con el sistema de reparto, como forma de atenuar los efectos derivados del envejecimiento de la población.

A nuestro juicio, la implantación de fórmulas de capitalización en Europa estaría guiada por dos ideas fundamentales. Por un lado, las reformas llevadas a cabo en los últimos años han descartado la solución radical chilena consistente en sustituir completamente el sistema de reparto por el de capitalización, lo que debe ser valorado muy positivamente en atención a los múltiples inconvenientes que se han venido apuntando con respecto a una eventual transformación en este sentido. Convivirían, entonces, las dos tendencias reformadoras antes apuntadas: la estrictamente complementaria y externa al pilar profesional, fuertemente incentivada fiscalmente y de naturaleza voluntaria, con aquella otra de carácter mixto en la que se distinguirían dos componentes dentro del sistema público contributivo y obligatorio, uno de reparto y otro capitalizado. Pero, por otro lado, y aún cuando se imposibilite un cambio profundo del sistema de protección social heredado, las reformas emprendidas en favor de una

⁹⁸⁹ Como explica ZUBIRI ORIA, “un sistema de cuentas nocionales es un mecanismo de gestión de los sistemas de reparto que consiste en replicar el comportamiento de los sistemas capitalizados, pero sin ninguna acumulación de capital. Para ello, el Sector Público abre una cuenta a cada cotizante al sistema de reparto en la que se explicita la cuantía de los fondos acumulados por cada trabajador. Cada año la cuenta del trabajador se incrementa en las cotizaciones realizadas y el saldo del año anterior se multiplica por un índice (el interés) que, por ejemplo, en Suecia es un índice de crecimiento de los salarios y en Italia el crecimiento del PIB. Se establece una edad mínima de jubilación y, a partir de esta edad, el trabajador puede decidir en qué momento se jubila. En ese momento su pensión se determina dividiendo el saldo de su cuenta entre el número de años de esperanza de vida a la edad en que se jubile. Posteriormente, la pensión calculada se actualiza según los precios más un *interés real* que en Suecia es el 1,6% y en Italia el 1,5%” (*El futuro del sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 28).

⁹⁹⁰ VÁZQUEZ MARISCAL, A.: “Las reformas de los sistemas de...”, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁹¹ TORTUERO PLAZA, J. L. y AGUILA CAZORLA, O. del: “Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica...”, *op. cit.*, p. 66.

⁹⁹² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 177.

mayor presencia de la capitalización favorecen una mayor penetración de los rasgos y valores de este método de financiación como forma de hacer frente a los retos del futuro, de modo que la responsabilidad y el esfuerzo individual se va imponiendo frente a la responsabilidad colectiva y la privatización cobra mayor relevancia como forma de gestión frente a la administración pública de los recursos del sistema⁹⁹³.

Sin duda alguna, resultan loables los planteamientos de reconstrucción de los sistemas estatales de pensiones como fórmula de redistribución del riesgo a través de la incorporación de un pilar de carácter mixto, donde un porcentaje de las aportaciones se destine a un fondo capitalizado, como el caso de Suecia. En favor de esta tesis se ofrecen argumentos nada desdeñables, desde la incorporación de mayores dosis de garantía al sistema al combinar dentro de un mismo pilar los dos instrumentos financieros, a la unidad de actuación que caracterizaría al mismo dado que las políticas de empleo irían vinculadas a la extensión de la cobertura del sistema de pensiones⁹⁹⁴. Al mismo tiempo, se produciría una redefinición ideológica del papel del Estado y se posibilitarían nuevos canales de participación de los ciudadanos tanto en forma individual como colectiva⁹⁹⁵.

Pero, al lado de estas razones en favor de una mayor presencia de la capitalización, conviven importantes riesgos en las propuestas reformadoras. En lo que respecta a los países Latinoamericanos, se han puesto de manifiesto importantes deficiencias, que van desde un efecto redistributivo claramente regresivo⁹⁹⁶, a un descenso de las tasas de cobertura⁹⁹⁷. Por su parte, del modelo de cuentas individuales de los países escandinavos, especialmente de Suecia, se ensalzan sus virtudes en abstracto sin tener en cuenta las peculiaridades del contexto en el que se inscribe. Así, el sistema sueco de cuentas capitalizadas se integra en un sistema de cuenta teórica caracterizado por su generosidad, lo que incide, como es natural, en una reducción del grado de riesgo global que corren los trabajadores y en un menor rechazo a aceptar las contingencias del mercado financiero⁹⁹⁸. Pero, además, la combinación reparto/capitalización que propugnan las reformas europeas supone, como se ha dicho, la incorporación al sistema público de carácter colectivo y redistributivo de una lógica netamente individualista al valorar el esfuerzo de cotización con las prestaciones, de modo que convivirían en el interior del sistema de protección profesional y contributivo principios y valores distintos según

⁹⁹³ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las reformas legislativas en materia...*, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁹⁴ TORTUERO PLAZA, J. L. y AGUILA CAZORLA, O. del: "Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica...", *op. cit.*, pp. 77-78.

⁹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 78.

⁹⁹⁶ OCHANDO CLARAMUNT, C.: "Una evaluación de las reformas...", *op. cit.*, p. 49.

⁹⁹⁷ MESA-LAGO, C.: "La reforma estructural de las pensiones...", *op. cit.*, p. 100.

⁹⁹⁸ TURNER, J.: "Cuentas individuales...", *op. cit.*, p. 95.

cada método de financiación. Precisamente, al institucionalizarse el individualismo⁹⁹⁹ en el marco general de las pensiones obligatorias e internas al sistema debería tenerse en cuenta de que modo se van a hacer compatibles la equidad social, propia del método de reparto, con la equidad individual de las fórmulas de capitalización. La defensa exacerbada de la combinación reparto/capitalización en el pilar profesional en base al argumento de la dispersión del riesgo no debería hacernos olvidar que se trata de un aspecto mucho más complejo de lo que parece, ya que las pensiones privadas capitalizadas no siempre logran el objetivo de la diversificación del riesgo e, incluso, suelen introducir riesgos adicionales¹⁰⁰⁰.

C) La configuración jurídico-general de la capitalización en la normativa española

Vistas las diferencias entre el método de reparto y el de capitalización como técnicas económico-financieras aplicables al ámbito de las pensiones, y una vez estudiadas, de forma muy breve, las prácticas adoptadas por los diferentes países en su intento por combinar ambos sistemas para hacer frente a los problemas de diversa índole de sus modelos de protección social, momento es de analizar el modo en que se concreta la capitalización en la normativa española de planes y fondos de pensiones. Y así, el legislador español ha optado, en este sentido, por constituir un modelo de pensiones capitalizadas caracterizado por las cuatro notas siguientes: la complementariedad, la gestión y administración privada de los recursos, la voluntariedad en la afiliación y el interés y la responsabilidad individual. En realidad, cuando hablamos de las características del principio de capitalización nos estamos refiriendo a los rasgos predicables del sistema integrado de planes y fondos de pensiones, a los cuáles hemos dedicado nuestra atención con anterioridad. Por ello, no se trataría en este punto de repetir argumentos, sino más bien de complementar los apuntados más arriba.

⁹⁹⁹ Los procesos de individualización han sido brillantemente descritos por BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E. en: *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Barcelona, Paidós, 2003. Así, indican estos autores que “en las sociedades modernas los individuos se enfrentan a nuevas exigencias, controles y restricciones. A través del mercado laboral, el Estado del bienestar y las instituciones, la gente entra en una red hecha de regulaciones, condiciones, salvedades... El rasgo distintivo de esas modernas regulaciones o pautas es que, mucho más que en otros tiempos, deben ser suministradas por los individuos mismos, importadas a sus biografías mediante sus propias acciones”.

¹⁰⁰⁰ Aún aceptándose el argumento de la diversificación debería tenerse en cuenta que su finalidad sería siempre la defensa de la pensión del Estado como de las pensiones privadas, lo que sería incompatible con una eventual disminución del primer pilar (BARR, N. “Reforma de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 18). Como ha señalado FUENTE LAVIN, el mayor protagonismo de la capitalización en el cuadro general de las fuentes de ingreso de los pensionistas “previsiblemente va a incrementar las desigualdades sociales en el interior de la población anciana, y, particularmente, las existentes entre hombres y mujeres, así como la incertidumbre para el conjunto de los pensionistas en cuanto a las condiciones de obtención de las pensiones y la cuantía de las mismas” (*El sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 490).

Así pues, y empezando por la nota de la complementariedad del modelo de capitalización, hay que hacer notar que el legislador español descartó cualquier intento de reforma radical consistente en la sustitución progresiva, total o parcial, del reparto público por la capitalización privada. Ya se habló con anterioridad de las estrategias de reforma del sistema público de pensiones¹⁰⁰¹ y, por descontado, de las propuestas que abogaban por una transformación de las pensiones públicas de reparto por las capitalizadas¹⁰⁰², pues bien, pese a estos intentos de crear un sistema sustitutivo, el modelo legal de implantación de los planes de pensiones se configuró de tal forma que situó a las pensiones capitalizadas al margen del sistema público, obligatorio y contributivo de Seguridad social. Basta recordar el art. 1.2 TRLFPF donde se indica con suma claridad que las prestaciones de un plan de pensiones “no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas”. De esta forma, al quedar fuera de los niveles públicos de reparto de carácter asistencial y profesional del modelo de protección social, la función a desempeñar por las pensiones que funcionaban bajo el sistema de capitalización era la de actuar como un nivel complementario (o independiente) y externo del sistema público de protección. Por tanto, se eliminaba cualquier posibilidad de introducir en el interior del sistema de Seguridad Social de reparto fórmulas de capitalización.

El sistema financiero de capitalización como complemento de las pensiones públicas de reparto se caracteriza además porque su gestión y administración se encomienda a entidades de naturaleza privada. La opción por esta forma de organización de las pensiones capitalizadas se fundamenta en base a las ventajas que el sector privado ofrecería por su mejor capacidad de adecuación a las exigencias del sistema de capitalización, y ello porque se considera que el funcionamiento de este método de financiación en el que cada cotizante recupera sus aportaciones se corresponde con la estructura típica de contrato privado donde la

¹⁰⁰¹ Una visión de conjunto de la misma en TORRES LÓPEZ, J.: “La estrategia de reforma...”, *op. cit.*, pp. 109-154.

¹⁰⁰² Así, como ejemplos, PIÑERA, J. y WEINSTEIN, A. planteaban una transición voluntaria para todos los afiliados a la Seguridad Social menores de cuarenta y cinco años y obligatoria para quienes accediesen por primera vez a un empleo, en *Una propuesta de reforma del sistema de pensiones en España*, Círculo de Empresarios, Madrid, 1996. Por otro lado, HERCE SAN MIGUEL, J.A. y ALONSO MESEGUER, J. postulaban una transición hacia un sistema mixto de pensiones compuesto por dos ramas de similar entidad: “una de pensiones públicas de reparto y otra de pensiones de capitalización obligatoria. Los cotizantes repartirían sus aportaciones entre ambos sistemas y recibirían una pensión total en dos partes procedentes de cada uno de ellos. La capitalización, dadas las perspectivas de tasa de rendimiento del sistema de reparto, permitiría una mejor pensión total y aliviaría las dificultades del sistema de reparto. Éste debería permanecer, aunque sensiblemente reducido, para facilitar la diversificación también en esta materia y por el apego de la población a él” (*La reforma de las pensiones ante la revisión del Pacto de Toledo*, La Caixa, Barcelona, 2000).

prestación es consecuencia directa de la aportación¹⁰⁰³. De ahí que se afirme que la provisión de las pensiones capitalizadas deba efectuarse a través de un sistema de planes netamente privado¹⁰⁰⁴. Además, se considera que con la gestión privada de los fondos de pensiones capitalizados se garantizan inversiones eficientes desde el punto de vista económico y una mayor rentabilidad de las mismas en contraposición con la previsible ineficacia del sector público¹⁰⁰⁵.

Esto último ha de relacionarse con la tercera de las notas expuestas acerca del modelo de capitalización, es decir, la voluntariedad. Así, la constitución de un régimen de pensiones capitalizadas de carácter privado puede hacer aconsejable la opción de la adhesión voluntaria en función de dos tipos de argumentos. El primero toma como referencia al sistema de reparto ya que en este método se hace imprescindible la afiliación obligatoria en atención al principio de solidaridad intergeneracional por lo que resulta muy difícil introducir algún grado de voluntariedad y elección individual¹⁰⁰⁶. Por contra, en el sistema de capitalización las aportaciones de los partícipes se destinan a un fondo y no a financiar las pensiones de los jubilados actuales, por lo que en la cuantía de la pensión a que tengan derecho no tiene porque incidir el número de partícipes. Por otro lado, y como segundo argumento, se aduce la mejor disposición que ofrecen los regímenes capitalizados para adecuarse a las necesidades y deseos individuales¹⁰⁰⁷. Esta flexibilidad, predicable de las pensiones privadas, permitiría resolver el mayor grado de uniformidad y rigidez del sistema estatal de reparto.

Finalmente, hay que hacer notar que el principio de capitalización ha sido configurado de tal modo que convierte al interés y la responsabilidad individual en uno de los aspectos nucleares de todo el sistema económico y financiero de los planes y fondos de pensiones. En cierto modo, este sesgo individualista se puede reconocer por definición en las fórmulas de capitalización ya que en las mismas no suelen haber elementos redistributivos y, por lo común, funcionan bajo un cumplimiento estricto de la proporcionalidad entre aportaciones y prestaciones. Aún así, y tal y como se ha comentado, en la capitalización se podía distinguir una capitalización de carácter colectiva y otra de naturaleza individual, todo ello en atención a la consideración o no del colectivo de partícipes en su conjunto. Pese a la existencia de estas dos opciones, el legislador español ha preferido otorgar al sistema de pensiones capitalizadas un carácter netamente individual,

¹⁰⁰³ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁰⁴ HUERTA de SOTO, J.: “Experiencias internacionales sobre la crisis...”, *op. cit.*, p. 337.

¹⁰⁰⁵ HEMMING, R.: “¿Las pensiones públicas...”, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹⁰⁰⁶ CASAHUGA, A.: “El sistema de pensiones...”, *op. cit.*, p. 300.

¹⁰⁰⁷ HUERTA de SOTO, J.: “Experiencias internacionales sobre la crisis...”, *op. cit.*, p. 339.

eliminando cualquier posibilidad de utilización del modelo de capitalización colectiva.

Una vez expuestas estas cuatro características del sistema de capitalización y antes de abordar algunos aspectos concretos del régimen jurídico previsto en el TRLPFP y el RFPF, resulta pertinente realizar una valoración crítica de conjunto del modelo legal adoptado. Y así, en general, la opción por un sistema de capitalización complementario, privado, voluntario y de marcado carácter individualista puede resultar perfectamente coherente con la configuración que el legislador ha pretendido realizar del tercer nivel del sistema de protección social. Un pilar de previsión pensado para otorgar pensiones adicionales a las prestaciones suficientes del nivel profesional de carácter público que estaría en función de los deseos y la capacidad económica de cada individuo. Se considera positivo, por tanto, que se haya descartado la opción de introducir un componente capitalizado en el marco del sistema profesional y contributivo por el evidente riesgo de que se produjera una merma de ingresos en el conjunto del sistema al producirse un trasvase de recursos a cuentas individuales. Del mismo modo, parece congruente con el carácter complementario de las pensiones capitalizadas y su naturaleza privada que la gestión y administración de los fondos se encomiende a entidades privadas, así como la voluntariedad en general predicable del sistema. Ahora bien, más difícil resulta de asumir la imposibilidad de adoptar el sistema de capitalización colectiva, sobre todo en la modalidad de los planes del sistema de empleo, ya que con el mismo se podían introducir elementos de solidaridad en el conjunto del colectivo objeto de protección.

Tras el análisis del modelo global de regulación del sistema de capitalización en la normativa reguladora de planes y fondos de pensiones, se desarrollan a continuación tres aspectos esenciales del régimen jurídico que el TRLPFP y el RFPF dispensan al sistema financiero de las pensiones privadas: en primer lugar, se estudiará el significado general de la capitalización en la ordenación técnica de los planes, así como la tipología financiera y actuarial que la normativa prevé; en segundo lugar, se insistirá en el modo con que el legislador ha optado por el sistema de capitalización individual frente al colectivo, destacando las peculiaridades del primero; finalmente, se enunciarán el conjunto de las medidas de aseguramiento que el TRLPFP y el RFPF acogen a fin de dotar de ciertas garantías al sistema de capitalización frente a posibles situaciones de riesgo. Los tres apartados señalados nos llevarán al estudio de los arts. 5.1.b) y 8.1 y 8.2 TRLPFP, pero muy especialmente de los arts. 19, 20 y 21 RFPF.

a) Sistemas financiero y actuarial de capitalización

Como ya se ha dicho, de entre los sistemas de financiación de las pensiones¹⁰⁰⁸ nuestro legislador optó por el modelo de capitalización. Los arts. 5.1.b) y 8.1 TRLPFP establecen, de manera rotunda, que no hay otra forma de instrumentación de los planes de pensiones que no sea a través de la fórmula de la capitalización, de modo que las contribuciones y aportaciones de los sujetos constituyentes de un plan, junto con los rendimientos generados de las inversiones realizadas, se acumularán en un fondo de pensiones a efectos de crear las reservas necesarias para atender las necesidades de previsión comprometidas. Ello nos lleva a considerar dos aspectos generales presentes en la regulación de este sistema financiero. Por un lado, que lo que significa verdaderamente el principio de capitalización es que las pensiones previstas en un plan se ajustarán al cálculo derivado de este sistema en sus diferentes modalidades [arts. 5.1.b) TRLPFP y 19.1 RFPF], tal y como veremos a continuación. Y, en segundo lugar, que el sistema debe ordenarse de tal forma que con él se logre una equivalencia entre las aportaciones y las prestaciones futuras de los beneficiarios, tal y como establece el propio art. 8.1 TRLPFP. Esta garantía de que el plan no fracase en su intento por conseguir la correspondencia entre aportaciones y prestaciones nos llevará más adelante al estudio del conjunto de las garantías que el sistema legal predispone para que el plan pueda cumplir con su cometido.

Por otro lado, el párrafo 2º del art. 19.1 RFPF se encarga de especificar el conjunto de los elementos que traducidos en flujos financieros se ajustarán estrictamente al sistema de capitalización, en concreto, se hace referencia a las aportaciones, a los rendimientos obtenidos a través de las inversiones realizadas por el correspondiente fondo de pensiones, a los derechos consolidados de los partícipes y a las prestaciones de los beneficiarios. Se ha querido, de esta forma, ofrecer una visión de conjunto de los elementos reales implicados en el sistema financiero de los planes. Incluso se puede apreciar, por el modo en que son enumerados en el precepto, la interrelación que guardan todos ellos ya que de las aportaciones de los partícipes y las contribuciones del promotor se crea el fondo de pensiones que a su vez generará una serie de rendimientos fruto de la inversión de aquéllos, lo que finalmente se traducirá en los derechos de contenido económico y las prestaciones oportunas una vez acaecidas las contingencias objeto de protección.

Dicho esto, y dejando para un tratamiento posterior la cuestión del modelo de capitalización –individual o colectiva- por el que se decanta el

¹⁰⁰⁸ Siendo un sistema financiero un modelo matemático utilizado para establecer la equivalencia financiero-actuarial entre aportaciones y prestaciones, el mismo suele adoptar las siguientes formas: el sistema de reparto, de capitales de cobertura y de capitalización (BETZUEN ZALBIDEGOITIA, A. y BLANCO IBARRA, F.: *Planes y Fondos...*, op. cit., pp. 51-52).

legislador, hay que llamar la atención acerca de la referencia que el TRLPFP y el RFPF hacen a los sistemas financieros y actuariales de capitalización. La alusión conjunta a ambos sistemas, financiero y actuarial, no impide un tratamiento, aunque breve, de las peculiaridades de estas dos manifestaciones de la capitalización. En realidad, ambos sistemas son financieros, lo que ocurre es que el método actuarial, siendo un método de capitalización financiera, se distingue de aquél por la introducción de elementos estocásticos¹⁰⁰⁹.

Por lo que respecta a la capitalización financiera no actuarial, ésta funciona como un sistema de ahorro puro, sustentada sobre el principio de que cada partícipe tiene atribuidas las contribuciones efectuadas a su favor para hacer frente a las contingencias personales, sin que se tengan en cuenta factores actuariales de ningún tipo y sin que se produzca una transferencia de recursos acumulados¹⁰¹⁰. Ello supone que no se tenga en cuenta la probabilidad de supervivencia de los partícipes del plan, de modo que los recursos acumulados de las aportaciones de los partícipes y, en su caso, de las contribuciones del promotor, así como de los rendimientos generados constituyen la prestación que se recibe en su momento¹⁰¹¹. Al no incorporar ninguna variable demográfica el fallecimiento de un activo supone la liberación de la reserva constituida en razón del mismo¹⁰¹².

Por el contrario, el sistema actuarial sí toma en cuenta el conjunto de los riesgos asociados al colectivo de partícipes que pueden tener algún tipo de repercusión económica¹⁰¹³ –longevidad, mortalidad, invalidez, rotación en la empresa y edad de jubilación-. Al mismo tiempo se puede producir un trasvase de recursos acumulados que permita cubrir las contingencias de otros partícipes, por lo que no hay una relación tan estrecha entre aportaciones y prestaciones¹⁰¹⁴. En este caso, al tener en cuenta el probable comportamiento del colectivo de partícipes del plan el fallecimiento de un activo hace que la reserva constituida en su nombre siga siendo necesaria para financiar las pensiones de los partícipes supervivientes¹⁰¹⁵.

Las diferencias que ofrecen ambos sistemas no impide que esté justificada la referencia conjunta que la normativa legal y reglamentaria realiza a los mismos. Reténgase que el protagonismo de uno u otro sistema se corresponde con diferentes momentos en el tiempo, de modo que

¹⁰⁰⁹ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos...*, op. cit., p. 207 y MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 67.

¹⁰¹⁰ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos...*, op. cit., p. 207.

¹⁰¹¹ *Ibidem*, p. 207.

¹⁰¹² MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 68.

¹⁰¹³ ANFOSSO BORREL, S.: *Iniciación a los Fondos de Pensiones*, Bilbao, Deusto, 1988, p. 35.

¹⁰¹⁴ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos...*, op. cit., p. 207.

¹⁰¹⁵ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., pág. 68.

durante el proceso de acumulación de los recursos en los planes de aportación definida se hará presente la capitalización financiera, mientras que llegado el momento del abono de las prestaciones en forma de renta temporal como consecuencia del acaecimiento de la contingencia correspondiente se impone la fórmula de la capitalización actuarial al tener que adoptar una decisión en un ambiente de riesgo¹⁰¹⁶.

b) Los modelos de capitalización. La preferencia por el sistema de capitalización individual

Aparte de la distinción que se ha realizado con anterioridad en la que el método de capitalización podía incorporar o no elementos actuariales, también este sistema financiero se ha podido clasificar en dos modelos típicos: el colectivo y el individual. En el primero, la financiación de las prestaciones de cada beneficiario toma como referencia al colectivo de personas protegidas, lo que trae como consecuencia que el coste global del plan se reparta entre todos los componentes fijándose una aportación media con independencia de la edad¹⁰¹⁷. Ello da lugar a que se produzca un trasvase de recursos entre los partícipes del plan, dado que es probable que los jóvenes deban aportar más en favor de los partícipes de mayor edad, lo que implicaría que en el sistema colectivo el equilibrio entre aportaciones y prestaciones se produce sólo a nivel de grupo de personas que integran el plan¹⁰¹⁸. Por contra, en el sistema individual de capitalización el equilibrio entre aportaciones y prestaciones se plantea para toda la vida de cada partícipe. No existe, por tanto, una transferencia intergeneracional de recursos, por cuanto no hay una consideración del colectivo de partícipes del plan en su conjunto.

La posibilidad de optar por alguno de estos dos sistemas de capitalización se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 8.2 RD 1307/1988 como consecuencia de la habilitación legal contenida en el art. 5.1.b) de la ya derogada Ley 8/1987 en el que se remitía al reglamento la determinación de la tipología de los sistemas de capitalización y sus condiciones de aplicación. Se permitía, por tanto, la utilización de sistemas de capitalización individual o colectiva, aunque sometiendo a ésta última a una serie de condiciones, entre ellas, la de su

¹⁰¹⁶ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 467.

¹⁰¹⁷ BETZUEN ZALBIDEGOITIA, A. y BLANCO IBARRA, F.: *Planes y Fondos...*, op. cit., p. 58.

¹⁰¹⁸ Se produce, de este modo, una disociación entre los recursos que son técnicamente necesarios en razón de un determinado partícipe y la aportación que le es exigida, produciéndose como consecuencia de ello una doble desviación: de carácter distributiva, de los de menor edad a los de mayor edad al tener que aportar más de lo que les correspondería técnicamente y de naturaleza cuantitativa, “en el sentido de que este sistema no incluye la exigencia de que todo partícipe en el momento de la jubilación tenga en el fondo recursos suficientes para generar la totalidad de la prestación prevista. La pensión de los beneficiarios dependerá pues en cierta medida de la continuidad de las aportaciones de los partícipes en activo” (MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 70).

aplicación únicamente a los planes del sistema de empleo¹⁰¹⁹. Sin embargo, y pese a la valoración positiva que mereció esta previsión normativa¹⁰²⁰, con la entrada en vigor del RD 1589/1999, de 15 de octubre se optó finalmente por eliminar la capitalización colectiva al permitir únicamente la utilización del sistema de capitalización individual. Esta nueva redacción dada al art. 8.2 RD 1307/1988 es la que se ha mantenido en el art. 19.2. del vigente RFPF.

En todo caso, fue necesario un proceso de adaptación de los planes de pensiones que estuviesen basados en sistemas financieros y actuariales de capitalización colectiva, cuestión que fue objeto de regulación por la disp. trans. única del RD 1589/1999. En este sentido, desde la promulgación de la ya derogada Ley 8/1987 la opción de los reglamentos de planes de pensiones ha sido la de apostar por los sistemas de capitalización individual. De este modo, no ha sido necesario que muchos de los planes suscritos con anterioridad al 27 de octubre de 1999, fecha de entrada en vigor del RD 1589/1999 y momento a partir del cual se iniciaba el plazo de 10 años para transformar los sistemas de capitalización colectiva en sistemas de carácter individual, tuvieran que acogerse al citado período transitorio de adaptación. No obstante, algunos de aquéllos¹⁰²¹ decidieron utilizar el sistema de capitalización colectiva para todas las prestaciones definidas en las especificaciones correspondientes, teniendo que acogerse transitoriamente, en el plazo indicado y en tanto no se ultimara la adaptación al sistema de capitalización individual, a lo dispuesto por la disp. trans. única del RD 1589/1999¹⁰²².

La verdadera significación de la definitiva implantación de un modelo de capitalización individual estriba, fundamentalmente, en dos aspectos centrales que aparecían regulados en el anterior RFPF y que se recogen en el actual: por un lado, que la cuantificación de los derechos consolidados de cada partícipe reflejará su titularidad sobre los recursos financieros constituidos (art. 19.2, párrafo 2º) y, por otro, que el coste anual de cada una de las contingencias en que esté definida la prestación se calculará

¹⁰¹⁹ Aparte de requerir una evaluación previa de las variables demográficas y financieras implícitas en el modelo de plan de pensiones diseñado, de forma que pudiera resultar viable, el art. 8.2 RD 1307/1988 exigía que las reservas generadas no fueran inferiores en ningún momento al 80 por 100 de las que resultarían de la capitalización individual, garantizándose en todo caso la cobertura total de las prestaciones causadas.

¹⁰²⁰ FERNÁNDEZ PALACIOS, J.: “El principio de capitalización...”, *op. cit.*, p. 512.

¹⁰²¹ Así, entre otros, el *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema del Empleo para el Banco Exterior de España, S.A.* y el *Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba, S.A.*

¹⁰²² La citada disposición establecía que mientras se producía la transformación correspondiente la imputación fiscal soportada por el partícipe podía diferir de su imputación financiera y la cuantificación de su derecho consolidado coincidiría con la que resultara de la aplicación inicial de un sistema de capitalización, independientemente de las aportaciones realizadas por cada partícipe del sistema de capitalización colectiva, y teniendo en cuenta el factor de proporcionalidad entre las reservas generadas y las que resultarían en capitalización individual, no pudiendo ser inferior al 80 por 100 de estas últimas, garantizando en todo caso la cobertura total de las prestaciones causadas.

individualmente para cada partícipe, sin que la cuantía anual de la aportación imputable a un partícipe por tales conceptos pueda diferir de la imputación fiscal soportada por aquél (art. 19.2, párrafo 3º). Pero, aparte de estas apreciaciones de estricta consideración técnica, la preferencia del legislador por el sistema individual de capitalización supone descartar la posibilidad de que los planes de pensiones puedan introducir elementos mutualísticos-solidarios¹⁰²³ –capitalización colectiva– de manera que se pudiera tener en cuenta, a efectos de financiar las prestaciones de los beneficiarios, al colectivo de los trabajadores en su conjunto. Así, se impone en el ámbito de los planes y fondos de pensiones una visión marcadamente individualista de estos sistemas privados, de modo que la cuantía de las prestaciones de cada beneficiario depende de las propias aportaciones realizadas, pudiendo establecerse una relación directa entre contribuciones y pensiones desde el punto de vista personal¹⁰²⁴.

Aún cuando la práctica negocial evidenciara una escasa penetración de los sistemas de capitalización colectiva en el ámbito de los planes de pensiones, lo cierto es que ello no constituía un argumento lo suficientemente sólido como para eliminar cualquier posibilidad de utilización del mismo. No existía, en este sentido, ninguna objeción de naturaleza técnica que hiciera inviable un sistema de este tipo, menos aún cuando se sometía a unas condiciones restrictivas y únicamente debía aplicarse a los planes de la modalidad de empleo¹⁰²⁵. Incluso, se pueden citar algunos aspectos que hacen especialmente aconsejable aún hoy la capitalización colectiva. Así, la solidaridad intergeneracional presente en este método puede actuar como un mecanismo de corrección de los conocidos límites financieros y fiscales que afectan de forma prioritaria a partícipes de mayor edad, ya que los mismos puede que dispongan de un menor plazo para constituir su pensión con lo que las aportaciones que deban realizar pueden rebasar los límites establecidos (Exposición de Motivos RD 1307/1988)¹⁰²⁶. Se permitiría, de esta forma, una neutralización o suavización de las consecuencias perniciosas que para, determinados colectivos (los de mayor edad) podría representar la aplicación indiscriminada del sistema financiero de capitalización individual¹⁰²⁷. Por otro lado, la capitalización colectiva no sólo puede

¹⁰²³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 179.

¹⁰²⁴ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones...*, op. cit., p. 208.

¹⁰²⁵ No se entiende, por otra parte, que este sistema no se pudiera aplicar a los planes asociados donde las similitudes con los planes del sistema de empleo resultan indudables, especialmente por la fuerte vinculación que se da entre los miembros del colectivo objeto de protección. En este sentido, ROMERO BURILLO, A. M.ª: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 276 y SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones...*, op. cit., p. 209.

¹⁰²⁶ La imposición de un tope anual a las contribuciones/aportaciones puede suponer, por tanto, un serio obstáculo para se produzca la acumulación que precisen las personas de edad avanzada (SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones...*, op. cit., p. 209).

¹⁰²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 179.

resultar ventajosa desde el punto de vista de los partícipes a los que los límites financieros y fiscales les resultan insuficientes para poder constituir sus pensiones, sino también como vía para una mejor implantación del plan en las empresas al poder periodificar la cobertura del coste (Exposición de Motivos RD 1307/1988). Hay que pensar que los sistemas de capitalización colectiva requieren una menor formación de capital para empezar a funcionar, lo que genera efectos más inmediatos que la capitalización individual¹⁰²⁸. Ello resulta especialmente importante en los casos de empresas con colectivos de partícipes de edad avanzada, ya que inicialmente puede resultar muy aconsejable acogerse a la capitalización colectiva hasta que se produzca el desarrollo y maduración del plan¹⁰²⁹.

Aparte de estas consideraciones en favor del modelo de capitalización colectiva cabe realizar algunas objeciones a los inconvenientes que tradicionalmente se han formulado contra este sistema. Y así, se ha podido decir que la transferencia de recursos que se produce en el método colectivo de capitalización lleva a que sean las personas de menor edad las que aporten una cantidad mayor de la que les sería exigida en la capitalización individual. Esta mayor carga económica podría tener un efecto desalentador en los partícipes jóvenes que podrían sentirse fácilmente agraviados¹⁰³⁰. Sin duda alguna se trata de un riesgo a tener en cuenta, pero no en el ámbito de los planes del sistema de empleo que es donde debe aplicarse el modelo de capitalización colectiva, ya que en esta modalidad es el promotor quién se encarga de gran parte de la financiación del plan por lo que el exceso de contribución/aportación que resulte necesario para equilibrar la menor aportación que realizarán los partícipes de edad avanzada puede resolverse de forma que sea aquél quién lo asuma¹⁰³¹.

Otro de los defectos que se predicen del sistema de capitalización colectiva es la sensibilidad que ofrece el mismo a las variaciones del colectivo objeto de protección y, lo que es más importante, a la relación entre activos y pasivos¹⁰³². En este modelo la existencia de los recursos

¹⁰²⁸ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 72.

¹⁰²⁹ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones...*, op. cit., p. 209.

¹⁰³⁰ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 73. Para GALLEGO LOSADA la justificación de la supresión del sistema de capitalización colectiva se encuentra en la posible confusión que podía producirse en los partícipes al no existir, en este supuesto, una correlación directa entre aportaciones y derechos consolidados (*Sistemas privados de pensiones...*, op. cit., p. 185).

¹⁰³¹ Según ROMERO BURILLO este inconveniente sólo se producirá en aquellos casos en que las aportaciones sean asumidas de manera exclusiva por parte de los partícipes, cuestión que no es probable que se de en los planes del sistema de empleo, “ya que en estos casos lo habitual y de hecho el elemento que da virtualidad a este tipo de Planes es que las aportaciones sean asumidas exclusivamente o al menos principalmente por el promotor” (*Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 275).

¹⁰³² SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones...*, op. cit., p. 209.

suficientes para financiar las prestaciones comprometidas depende de que las aportaciones de los partícipes tengan la continuidad esperada, de modo que una reducción del número de activos incidirá por tanto sobre el equilibrio del sistema¹⁰³³. Este inconveniente resulta a todas luces el que mayores dificultades puede plantear para la implantación de un sistema de capitalización colectiva en el ámbito empresarial, dado que siendo el colectivo protegido la población trabajadora cabe pensar que la misma no goce de la estabilidad deseada. Es evidente, que un mercado de trabajo con altas tasas de temporalidad y con continuas rotaciones no facilita la permanencia requerida por el esquema de funcionamiento de la capitalización colectiva en el que existe un significativo grado de solidaridad entre todos los partícipes del sistema. Sin embargo, la mayor relevancia que tiene la estabilidad de los partícipes respecto a la capitalización individual es lo que permitiría justificar las exigencias de un mínimo de vinculación impuestas por el modelo legal¹⁰³⁴. De algún modo, la estricta equivalencia entre aportación individual y prestación causada determina que el sistema de capitalización individual pueda asumir perfectamente las variaciones de los trabajadores, sin establecer condicionamientos temporales de acceso ningún tipo. Pero en el caso de la capitalización colectiva resulta más acorde la exigencia de estabilidad del plan, inherente a su buen fin, lo que requiere un mínimo de vinculación de los partícipes globalmente considerados¹⁰³⁵.

Pese a los argumentos señalados, lo cierto es que la capitalización individual es la única alternativa en la actualidad a disposición de los planes de pensiones. Pese a las expectativas creadas con la aprobación del TRLPFP como consecuencia de la cláusula de remisión abierta y amplia¹⁰³⁶ realizada al Reglamento por el art. 5.1.b) se volvió a optar, finalmente, por la capitalización individual como única sistema financiero y actuarial a utilizar por los planes de pensiones. Se rechazaba, de esta forma, la capitalización colectiva y con ello se eliminaba cualquier posibilidad de instaurar en el ordenamiento jurídico de los sistemas privados de pensiones fórmulas de síntesis entre el reparto y la capitalización¹⁰³⁷.

¹⁰³³ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 290.

¹⁰³⁵ *Ibidem*, p. 290.

¹⁰³⁶ El art. 5.1.b) TRLPFP volvió a repetir la fórmula abierta y vaga empleada por la Ley 8/1987, en concreto: “reglamentariamente se definirá la tipología de los sistemas de capitalización y sus condiciones de aplicación, exigiéndose, salvo que medie aseguramiento, la constitución de reservas patrimoniales adicionales para garantizar la viabilidad del plan”. Ello volvió a plantear la posibilidad de que la norma de desarrollo legal correspondiente acogiera ambos sistemas de capitalización (MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: “Comentario a los arts. 5 y 6...”, *op. cit.*, p. 238).

¹⁰³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 289.

- c) Las garantías financieras y actuariales de los planes de pensiones y la contratación facultativa de medios de aseguramiento externo

Los planes de pensiones están sometidos a una serie de riesgos de naturaleza económica –inflación, evolución salarial, tasa de interés, evolución de la Seguridad Social y gastos de administración del plan- así como personales relacionados con los partícipes –longevidad, mortalidad, invalidez, rotación y edad de jubilación-. Se trata, en suma, de riesgos típicos que pueden ser asumidos directa o indirectamente por el plan¹⁰³⁸. Precisamente, el buen éxito del plan va a depender de que se tengan en cuenta las desviaciones producidas en los cálculos proyectados como consecuencia de la incidencia de los riesgos comentados, de ahí que, con buen criterio, el art. 5.1.b) TRLFPF exija la constitución de reservas patrimoniales adicionales para garantizar la viabilidad del plan, salvo que medie aseguramiento. En realidad, por definición todo sistema financiero y actuarial debe implicar la formación de determinados fondos, provisiones y reservas suficientes para el conjunto de compromisos del plan de pensiones (art. 8.1, párrafo 2º TRLFPF). En puridad, cabe hablar de un conjunto de garantías financieras y actuariales¹⁰³⁹ que son inherentes a cualquier fórmula financiera y/o actuarial que capitalice recursos y/o cubra determinados riesgos¹⁰⁴⁰. Éstas son objeto de regulación pormenorizada en los arts. 19, 20 y 21 RFPF.

La primera de estas garantías a las que hace referencia el RFPF es lo que se denomina como fondo de capitalización¹⁰⁴¹, el cual estará integrado por las contribuciones realizadas y los resultados de las inversiones atribuibles a las mismas, deducidos los gastos que le sean imputables¹⁰⁴² (art. 20.1. RFPF). El RFPF limita la necesidad de establecer el fondo en los planes que decidan no asumir la cobertura del riesgo derivado de las contingencias previstas en el mismo. Ello significa que para las contingencias que operen bajo el régimen de aportación definida, y para las que estando definida la cuantía de las aportaciones el plan garantice la obtención de un tipo de interés mínimo o determinado en la capitalización

¹⁰³⁸ ANFOSSO BORREL, S.: *Iniciación a los Fondos...*, *op. cit.*, p. 35

¹⁰³⁹ TAPIA HERMIDA, A. J.: *Manual de Derecho de seguros...*, *op. cit.*, p. 310.

¹⁰⁴⁰ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones...*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁰⁴¹ Se trata del ente contable donde se desarrolla el proceso de acumulación propio del régimen financiero de capitalización, el cuál se va nutriendo con las sucesivas aportaciones y los rendimientos de las inversiones de los recursos del propio fondo y drenándose con las prestaciones pagadas a los beneficiarios y los gastos de gestión que le sean imputables (MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 86).

¹⁰⁴² Ejemplo de ello es el *Reglamento del Plan de Pensiones del Excmo. Ayuntamiento de Santa Pola* que no asume la cobertura de ningún riesgo relacionado con las prestaciones previstas en el mismo, ni tampoco garantiza un interés mínimo a los partícipes (art. 20.3.).

de aquéllas, deberá constituirse el fondo de capitalización (art. 20.1 RPPF)¹⁰⁴³.

La segunda de las medidas previstas por el RPPF son las provisiones matemáticas. Éstas tendrán que constituirse obligatoriamente cuando el plan asuma la cobertura de un riesgo derivado de las contingencias previstas, lo que tendrá lugar en un plan de prestación definida, o en los casos en los que se garantice la cuantía de las prestaciones causadas de naturaleza actuarial (art. 20.2 RPPF). El modo de cálculo de las provisiones tiene lugar en dos momentos distintos, a saber: con anterioridad al acaecimiento de la contingencia, de modo que la provisión “estará constituida por la cifra que represente el exceso del valor actual de las prestaciones futuras contempladas en el plan, sobre el valor actual de las aportaciones que, en su caso, corresponda a cada miembro del colectivo” (art. 20.2, párrafo 2º RPPF); y una vez tenga lugar la contingencia y devengada la prestación, en cuyo caso el importe de la provisión matemática coincidirá con el valor actual de los pagos futuros que la completen (art. 20.2, párrafo 2º RPPF). El cálculo de las provisiones matemáticas deberá realizarse de acuerdo con las tablas de supervivencia, mortalidad o invalidez y con los tipos de interés especificados en el plan de pensiones y ajustados a los criterios fijados por el Ministro de Economía (art. 20.2, párrafo 3º RPPF).

El RPPF requiere del establecimiento de una tercera garantía para los planes de pensiones que prevean prestaciones definidas o asuman la obtención de un interés mínimo en la capitalización de las aportaciones o se garantice la cuantía de las prestaciones causadas. En estos casos se deberán constituir reservas patrimoniales que se destinarán a la cobertura del margen de solvencia que corresponda (art. 21.1 RPPF). Estaríamos hablando de una especie de patrimonio propio no comprometido o no afecto a obligaciones técnicas ni de otro tipo que se caracterizaría, además, por ser proporcional al volumen de riesgo que el Ppan asuma¹⁰⁴⁴, generándose anualmente a través de la deducción de un porcentaje de los beneficios no distribuidos del neto patrimonial del fondo del plan¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ Lo más común entre los reglamentos de planes de pensiones es el establecimiento de un fondo de capitalización para el conjunto de las contingencias previstas y la asunción del riesgo derivado de las contingencias de incapacidad y fallecimiento de partícipe. Así se recoge en el art. 20 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002) de manera que se establece una doble aportación del promotor sobre el salario regulador del partícipe, destinando una parte al Fondo de Capitalización y otra a sufragar el coste de la prima de seguro que garantice las prestaciones de fallecimiento e invalidez en activo. En idénticos términos, art. 14 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)*; art. 17 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Distribución* (Enero 1998) y art. 28 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Universidad de Cádiz*.

¹⁰⁴⁴ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 90.

¹⁰⁴⁵ PELÁEZ FERMOSE, F. J. y GARCÍA GONZÁLEZ, A.: *Los planes y fondos de pensiones: un análisis financiero-actuarial*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 27-28..

El obligado establecimiento de las reservas patrimoniales deriva del hecho de que es el propio Plan quién asume el riesgo de las eventualidades que se produzcan a lo largo de su desenvolvimiento, las cuáles pueden impedir la efectiva percepción de las prestaciones comprometidas¹⁰⁴⁶. Por ello, el margen de solvencia no resulta exigible cuando el plan está totalmente asegurado, y estándolo parcialmente, únicamente se computará, para el cálculo del margen de solvencia, la parte de las provisiones matemáticas y del fondo de capitalización mínimo correspondientes al riesgo asumido por el plan (art. 21.3 RPPF). Los planes de pensiones que asuman directamente la cobertura de algún riesgo, tienen que especificar el procedimiento por el cuál han de realizarse las aportaciones necesarias para la constitución de las reservas patrimoniales exigibles, así como la reposición de las disminuciones que se produzcan en tales reservas, sobre el mínimo exigido (art. 21.5 RPPF). Del mismo modo, al plan le corresponde concretar la incidencia de las reservas patrimoniales que excedan de la cuantía mínima del margen de solvencia exigible, en la cuantía de las aportaciones y/o prestaciones y en la determinación de los derechos consolidados de los partícipes (art. 21.6 RPPF).

Por último, hay que poner de manifiesto que el margen de solvencia de cada plan será independiente del que corresponda a los demás planes integrados en un mismo fondo de pensiones (art. 21.1, párrafo 2º). Esta referencia a los fondos de pensiones multiplán, es decir, a aquellos que gestionan los recursos de diferentes planes de pensiones resulta pertinente dado que con ello se trata de evitar la comunicación de dificultades financieras de alguno de los planes al resto¹⁰⁴⁷.

Junto a estas garantías financieras y actuariales, el RPPF autoriza a los planes de pensiones a que puedan contratar seguros, avales y otras garantías con las correspondientes entidades financieras para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o garantía de las prestaciones (arts. 8.2 TRLPPF y 19.4 RPPF). Esta vía de aseguramiento externo¹⁰⁴⁸ se

¹⁰⁴⁶ Así, el art. 42 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Central Nuclear Vandellós II, A.I.E.* establece la constitución de las reservas patrimoniales necesarias para cubrir el margen de solvencia exigido por el derogado RD 1307/1988 para las prestaciones en que se asuma un riesgo, así como las preceptivas provisiones matemáticas, tal y como se especifica en las Bases Técnicas del Plan. Se trata con ello de detraer una parte de las aportaciones efectuadas al Plan y destinarlas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones futuras. De estas provisiones se deberán constituir reservas patrimoniales que se destinarán a la cobertura del margen de solvencia correspondiente. Asimismo el propio Plan puede establecer reglas de distribución de las desviaciones positivas o negativas registradas entre las hipótesis utilizadas en el Plan y la experiencia real obtenida.

¹⁰⁴⁷ Lo que pone de manifiesto una vez más la ausencia de rasgos solidarios en el sistema (SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 470-471).

¹⁰⁴⁸ Es lo más habitual entre los reglamentos de planes de pensiones consultados, de manera que una vez acaecido el hecho causante que da derecho a la prestación se garantiza el cobro de una cuantía mínima. Así, el *Plan de Pensiones de los Empleados de Caixa Tarragona* tiene aseguradas todas las prestaciones contempladas en el mismo, a excepción de la prestación de fallecimiento recogida en su art. 5º apartados 1.5 y 2.2, de modo que una vez integradas las aportaciones en la cuenta de posición del Plan en el Fondo, se detraen de éstas las correspondientes primas de seguro con la periodicidad pactada con la Compañía

instrumentaría a través de la celebración de contratos, conforme a la normativa correspondiente en cada caso, con entidades de crédito y con entidades aseguradoras (art. 19.4, párrafo 2º RFPF). Para el caso de los planes de pensiones del sistema de empleo, estos contratos deberán tener carácter colectivo y corresponderse con los colectivos fijados en las especificaciones, salvo, en ambos casos, los destinados a la cobertura de los derechos económicos de los beneficiarios (art. 19.4, párrafo 3º RFPF). Como se ve, se trata de una opción facultativa para los planes que decidan no asumir la cobertura del riesgo derivado de las contingencias previstas en el mismo. Ahora bien, esta posible decisión no se contempla en los planes de promoción conjunta dado que las prestaciones definidas que se prevean para caso de fallecimiento e incapacidad permanente del partícipe, así como las garantizadas a los beneficiarios una vez acaecida cualquier contingencia y sus reversiones, deberán garantizarse en su totalidad mediante los correspondientes contratos de seguro (art. 38.1, párrafo 2º RFPF). No se admite, por tanto, que el plan pueda hacerse cargo de los riesgos inherentes a dichas prestaciones. Ahora bien, esta condición restrictiva que se impone a los planes de promoción conjunta se ve flexibilizada para el supuesto de aquéllos que sean promovidos por empresas en virtud de un mismo convenio colectivo y que contemplen prestaciones definidas para jubilación. En este caso, se autoriza al plan a que pueda hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas del acaecimiento de la contingencia de jubilación, siempre y cuando el plan cumpla con los requisitos establecidos en el art. 38.2 RFPF¹⁰⁴⁹.

Del análisis de conjunto de estas medidas prefijadas legal y reglamentariamente, tanto de la formación de fondos de capitalización, provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas suficientes para el conjunto de los compromisos del plan, como de la constitución de un margen de solvencia mediante las reservas patrimoniales necesarias para compensar las eventuales desviaciones que por cualquier causa pudieran presentarse, o incluso, de la contratación facultativa de garantías para la cobertura de riesgos determinados, se advierte con absoluta nitidez una especial preocupación del legislador por dotar a los planes de pensiones de

Aseguradora (art. 6). En idénticos términos, art. 49 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Realía Business, S.A.* (Noviembre 2000); art. 3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de B.N.P. España, S.A.*; Disposición Final 2ª del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Caja de Ahorros de Asturias (Pecajastur)* (3 Septiembre 1996) y art. 5.3. del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Finanzauto, S.A.* (5 Diciembre 2000).

¹⁰⁴⁹ En concreto: a) Las prestaciones de jubilación deberán estar definidas en términos y condiciones homogéneas para todos los colectivos de partícipes de las empresas promotoras del plan de pensiones; b) deberá utilizarse un único sistema de financiación del plan y un único conjunto de hipótesis financiero-actuariales en la determinación de las magnitudes actuariales del plan de pensiones recogidas en el RFPF. Las hipótesis deberán ser prudentes y coherentes entre ellas; c) deberán mantener subcuentas de posición diferenciadas por cada empresa promotora en el fondo o fondos en los que se encuentre integrado el plan; d) las revisiones actuariales, aún cuando se emitan en un único documento o informe, deberán individualizarse para cada empresa promotora.

ciertos mecanismos de garantía. Sin embargo, estas dos vías de aseguramiento interno y externo en el marco de los planes dejan entrever un aspecto de indudable trascendencia en el ámbito de la previsión social voluntaria, y es la prioridad que concede el legislador a las técnicas jurídico-privadas, en detrimento de los mecanismos o instrumentos de garantía jurídico-pública, típicos de la Seguridad Social¹⁰⁵⁰. Aún cuando esta opción de política legislativa puede resultar coherente con el modelo legal de los planes de pensiones de naturaleza esencialmente privatista, no deja de resultar asombrosa la excesiva confianza que el legislador muestra ante estos instrumentos mercantilizadores. La contratación facultativa por el plan de seguros y avales puede resultar, en cierto modo, un mecanismo adecuado para garantizar pensiones suficientes y acordes con el esfuerzo de ahorro-inversión de los partícipes pero, como se ha podido comprobar, el sistema legal no obliga a ello, por lo que no quedan efectivamente aseguradas las prestaciones ante el riesgo de insolvencia de los fondos. Todo ello obliga a plantearse si realmente esta opción reguladora resulta pertinente a las exigencias del Derecho Comunitario. Se trata de una cuestión a la que daremos contestación más adelante cuando analicemos la suficiencia de la medida de exteriorización de los compromisos empresariales de pensión como forma de dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 8 de la Directiva 80/987/CE.

2.2. El principio de irrevocabilidad de las contribuciones del promotor

El art. 5.1.c) TRLPFP viene a establecer de modo general un principio de irrevocabilidad de las aportaciones del promotor en los planes de pensiones. De su redacción, breve en exceso, resulta difícil precisar el alcance y significado de este principio de ordenación de los planes de pensiones, por ello se nos sugieren varias cuestiones a las que a continuación trataremos de dar respuesta. Así, lo primero que llama la atención del precepto mencionado es la referencia genérica que realiza a los planes de pensiones, de modo que parecería que el principio de irrevocabilidad resultaría aplicable a cada una de las modalidades que conforman su tipología. Por otro lado, el precepto mencionado alude expresamente a las aportaciones del promotor a efectos de su consideración como irrevocables, lo que exige plantearse si las que el partícipe pueda o deba realizar también son del mismo modo irrevocables. Pero antes de adentrarnos en el estudio de estas cuestiones convendría poner de manifiesto un aspecto que, aunque secundario, no por ello debe pasar desapercibido. En concreto, nos referimos a la nueva denominación que el reglamento de desarrollo del TRLPFP ha querido dar a la participación económica de la entidad promotora. Y así, aún cuando se trata de una

¹⁰⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 292.

cuestión que abordaremos más adelante, es importante resaltar *hic et nunc* cómo el RFPF ha pretendido distinguir el esfuerzo contributivo que realizan promotores y partícipes, de modo que según al art. 5.1.b), párrafo 2º habrá que hablar a partir de ahora de contribuciones, al referirnos a los promotores de planes de empleo, y de aportaciones, cuando se trate de los partícipes. Por ello, tal y como aparece enunciado el principio de irrevocabilidad en el art. 5.1.c) TRLFPF señalando el carácter irrevocable de las aportaciones, aquél no resulta coherente con la nueva denominación planteada en el RFPF. Por tanto, se hace necesario un cambio en la formulación legal del principio de irrevocabilidad más acorde con la nueva solución propuesta reglamentariamente.

Con respecto al primer interrogante que poníamos de manifiesto, es decir, si cabía hablar de un principio de irrevocabilidad de las aportaciones del promotor para el conjunto de los planes de pensiones, resulta necesario acudir al desarrollo reglamentario para dar respuesta a esta cuestión. Y así, del art. 5 RFPF podemos deducir que sujetos aportantes a un plan de pensiones son tanto partícipes como promotores, pero son éstos últimos los únicos que pueden efectuar contribuciones a los de la modalidad del sistema de empleo, descartándose cualquier otro tipo de aportación por parte del promotor al resto de planes. Se puede afirmar, por tanto, que del modo en que se configura el régimen jurídico de las contribuciones y aportaciones del sistema de planes podemos obtener una respuesta lo suficientemente clara a la cuestión planteada, a saber, que cuando el legislador alude al carácter irrevocable de las aportaciones del promotor lo está haciendo para referirse a una modalidad concreta de los mismos, que no es otra que la del sistema del empleo, ya que como se ha podido comprobar, es el único que admite la participación del promotor en su financiación. Al mismo tiempo, cabe decir que siendo este principio el único que se aplica a los planes que se desarrollan en el ámbito de las relaciones laborales, el resto son comunes a las tres modalidades de planes¹⁰⁵¹, resulta llamativo que el principio de irrevocabilidad de las aportaciones del promotor no se haya limitado legalmente a los planes del sistema de empleo, dejando que sea el reglamento de desarrollo el encargado de precisar este aspecto¹⁰⁵².

En segundo lugar, nos preguntábamos con anterioridad si al referirse el art. 5.1.c) TRLFPF a las aportaciones del promotor ello significaba que las que el partícipe pudiera efectuar no tenían el carácter de irrevocables. De nuevo resulta obligado acudir al RFPF al objeto de encontrar algún tipo de respuesta a este aspecto. Y así, el art. 17.1, párrafo 3º RFPF parece ser lo suficientemente expresivo como para determinar, con especial rotundidad,

¹⁰⁵¹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 475.

¹⁰⁵² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.ª N: "Comentario a los arts. 5 y 6...", *op. cit.*, p. 240.

la aplicación del principio de irrevocabilidad únicamente a las aportaciones realizadas por el promotor a los planes de pensiones de empleo. Sin embargo, esta previsión se compagina mal posteriormente con aquella otra en la que, a la hora de precisar el alcance de este principio, se alude en general “a las aportaciones a un plan de pensiones”, sin hacer distinción alguna en función de quién las realice (art. 17.1, párrafo 4º RPPF). De modo que desde esta perspectiva jurídico-positiva no se deduce expresamente que las aportaciones personales de los partícipes sean irrevocables, lo único que se desprende del desarrollo reglamentario es que a las contribuciones del promotor sí les resultaría de aplicación el principio de irrevocabilidad, tal y como recoge el art. 17.1., párrafo 3º RPPF. Por ello, resulta conveniente que abordemos, en primer lugar, el modo en que se configura este principio de afectación subjetiva, en principio limitada a las entidades promotoras, para luego dar una respuesta a la cuestión de si es posible que las aportaciones de los partícipes puedan ostentar el carácter de irrevocables.

Por lo pronto, cabe preguntarse acerca del significado que hay que atribuir al principio de irrevocabilidad de las aportaciones del promotor. Para ello hay que acudir, como ya se ha dicho, al art. 17.1., párrafo 5º RPPF que se encarga de precisar que “las aportaciones a un plan de pensiones son irrevocables desde el momento en que resulten exigibles según sus prescripciones, con independencia de su desembolso efectivo”¹⁰⁵³. De algún modo, este precepto está señalando dos momentos distintos a tener en cuenta a la hora de valorar adecuadamente el alcance que ofrece el principio de irrevocabilidad: por un lado, estaría haciendo referencia al período que se desarrolla a partir de la formalización y constitución del plan de pensiones en el que el promotor decide asumir el compromiso de contribución financiera y, por otro, a aquél en el que se da cumplimiento a la obligación económica contraída a través del correspondiente desplazamiento patrimonial en la cuenta de posición del fondo -desembolso efectivo-. Ambos períodos son especialmente significativos para una mejor comprensión del concepto de irrevocabilidad que maneja el legislador. El primero, porque a partir de la adquisición del compromiso de financiación del plan por parte del promotor, éste ya no podrá negarse a realizar la aportación a que está obligado desde el momento en que ésta fuera exigible y con independencia de si se ha desembolsado o no¹⁰⁵⁴. Marca el momento, pues, a partir del cuál el promotor adquiere un deber de contribuir al plan, deber que se vincula necesariamente con el correspondiente derecho de crédito que los partícipes

¹⁰⁵³ Resulta acertada, por otra parte, la variación que se ha producido en este precepto como consecuencia de la aprobación del RD 304/2004, ya que el art. 9.2 anteriormente vigente resultaba reiterativo al hacer referencia a “las prescripciones del citado contrato”.

¹⁰⁵⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos...”, *op. cit.*, p. 504.

ostentan sobre los recursos comprometidos por el promotor. El segundo, porque en el momento en que se da cumplimiento a las obligaciones económicas contraídas, el promotor pierde la titularidad de los recursos económicos afectos al plan, así como la capacidad de gestión sobre los mismos¹⁰⁵⁵, integrándose inmediata y directamente en el fondo de pensiones en el que el plan esté integrado. Ello se traduce, al mismo tiempo, en una transferencia automática de tales aportaciones económicas a favor de los partícipes al asumir éstos finalmente su titularidad patrimonial (art. 17.1 RPPF).

Hasta aquí el principio de irrevocabilidad de las aportaciones del promotor vendría únicamente referido al significado que adquiere el compromiso de contribución asumido por el promotor como una obligación jurídicamente exigible. Pero junto a este aspecto de indudable trascendencia, el carácter irrevocable de las aportaciones del promotor no resiste otro análisis que entendemos resulta especialmente necesario, a saber, el de si este principio se constituye en una garantía frente a eventuales modificaciones que el promotor pudiera decidir unilateralmente. En otros términos, cabría preguntarse si es posible que el empresario promotor de un plan pueda revocar a su criterio su compromiso de aportación, incluso antes de que resulte exigible el pago. Precisamente, tal y como aparece configurado el principio de irrevocabilidad es aquí donde cobra especial relevancia el mismo, por lo que la respuesta no puede ser otra que el de la imposibilidad de que el deber de contribución del promotor pueda ser alterado unilateralmente por la empresa promotora¹⁰⁵⁶. Reténgase que es el propio sistema legal el que ha previsto la modificación del régimen de aportaciones, y en ningún momento se autoriza una alteración del deber de contribución a criterio del promotor¹⁰⁵⁷. Por ello, la revocación de los compromisos adquiridos por el promotor tan sólo será posible si se lleva a cabo conforme a los requerimientos legales establecidos y, claro está, en consonancia con lo dispuesto en la fuente de implantación del plan¹⁰⁵⁸.

Por otro lado, conviene señalar que en el análisis del principio de irrevocabilidad de las contribuciones del promotor no hemos hecho referencia en ningún momento al tipo de aportaciones comprometidas. En

¹⁰⁵⁵ Hay que recordar que la pérdida del control financiero de estos recursos fue uno de los inconvenientes que los empresarios adujeron de los fondos externos frente a las reservas contables. Sobre este aspecto, *vid.* MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, pág. 75, ANFOSSO BORRELL, A.: *Iniciación a los fondos...*, *op. cit.*, pág. 164, MATEU ROS CEREZO, R.: “Planes y Fondos de Pensiones: régimen...”, *op. cit.*, pág. 1022 y GALLEGO LOSADA, R.: *Sistemas privados...*, *op. cit.*, pág. 225.

¹⁰⁵⁶ MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 75 y SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones...*, *op. cit.*, p. 210.

¹⁰⁵⁷ Véase al respecto arts. 6.3 y 7.3 TRLPPF y 33.1., párrafo 2º RPPF.

¹⁰⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.ª N.: “Comentario a los arts. 5 y 6...”, *op. cit.*, p. 240 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 476.

realidad, cuando analizábamos el significado de este principio lo hacíamos pensando en el conjunto de aportaciones previsibles y ordinarias pactadas en el instrumento de constitución del plan y fijadas según las especificaciones correspondientes. Sin embargo, cabe pensar en un tipo de aportaciones de naturaleza extraordinaria respecto de las cuáles, como se verá, también debe actuar el principio de irrevocabilidad. Así, entre las más importantes hay que citar aquéllas que la entidad promotora puede realizar cuando sea preciso para garantizar las prestaciones en curso o los derechos de los partícipes de planes que incluyan regímenes de prestación definida para la jubilación y se haya puesto de manifiesto, a través de las revisiones actuariales, la existencia de un déficit en el plan de pensiones [arts. 5.3.d) TRLPFP y 6.1.d) RFPF)]. Esta opción facultativa de complementar las prestaciones comprometidas debe ser interpretada en el sentido de que una vez comprometidas las aportaciones a favor de los beneficiarios¹⁰⁵⁹, dichas obligaciones contributivas serán jurídicamente exigibles e irrevocables en su integración en el fondo de pensiones¹⁰⁶⁰. Cabe decir lo mismo del resto de contribuciones suplementarias que deba realizar el promotor, especialmente de aquéllas que tengan por objeto la reposición de las disminuciones que se produzcan en las reservas patrimoniales destinadas a la cobertura del margen de solvencia (art. 21.5 RFPF), de modo que una vez previstas deben considerarse como irrevocables.

Visto el principio de irrevocabilidad en su aplicación a las contribuciones del promotor, debemos ahora retomar la cuestión planteada más arriba acerca de si es posible que las aportaciones directas de los partícipes puedan considerarse también como irrevocables. Así, ya se dijo con anterioridad que del RFPF no se deducía expresamente esa posibilidad. De hecho, desapareció del reglamento anteriormente vigente la referencia a la irrevocabilidad de las aportaciones del partícipe¹⁰⁶¹, circunscribiéndose la misma a las efectuadas por la parte promotora. Pues bien, siendo esta la solución que, como se vio, permanece en la actualidad, parece que sería, a nuestro juicio, la más acorde con el significado atribuido más arriba al principio de irrevocabilidad. Entendemos que existen varias razones que pueden avalar esta decisión.

Por un lado, hay que decir que las aportaciones de los partícipes, ya directas como imputadas, determinan, conforme al régimen financiero-actuarial del plan de pensiones respectivo, la cuantía de los derechos

¹⁰⁵⁹ El art. 22.2.b), párrafo 3º RFPF establece que serán las especificaciones de los planes de pensiones las que concretarán las contribuciones suplementarias del promotor que deriven de un déficit que haya sido determinado como resultado de una revisión actuarial.

¹⁰⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.ª N.: “Comentario a los arts. 5 y 6...”, *op. cit.*, p. 241 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 478.

¹⁰⁶¹ Se aceptó, de este modo, la propuesta del Consejo de Estado de proyectar el principio de irrevocabilidad únicamente sobre los compromisos de contribución del promotor. *Vid. Dictamen emitido por el Consejo de Estado sobre el Proyecto de Reglamento de Planes de Pensiones*, pp. 23-24.

consolidados, los cuáles sólo podrán hacerse efectivos una vez se produzca el acaecimiento de alguna de las contingencias objeto de protección o de manera anticipada en los supuestos de desempleo de larga duración o enfermedad grave (art. 8.8 TRLPFP). Por lo tanto, la relación que mantienen los partícipes con las aportaciones realizadas e integradas en el fondo de pensiones no se ajusta adecuadamente al principio de irrevocabilidad por cuanto lo determinante para éstos no es que puedan o no revocar su decisión de aportación de forma unilateral sino más bien que no van a poder disponer de las mismas mientras subsista el plan y no se den las condiciones y términos en que puedan hacerse efectivas. Por tanto, en el ánimo del legislador ha prevalecido la idea de vincular a los promotores con sus contribuciones a través del principio de irrevocabilidad y en el caso de los partícipes a través del principio de indisponibilidad.

Pero es más, aún cuando pudiera pensarse que el efecto de la irrevocabilidad de las contribuciones del promotor y de la indisponibilidad de las aportaciones de los partícipes pueda ser el mismo, es decir, el que una vez comprometidas las aportaciones imponen un deber jurídicamente exigible¹⁰⁶², lo cierto es que ambos principios resultan diferentes a los efectos de las garantías impuestas en el conjunto del plan. Así, la finalidad que se persigue en ambos casos no es otra que favorecer la estabilidad del aquél como instrumento de ahorro a largo plazo. Precisamente, en el supuesto de la irrevocabilidad resulta esencial que una vez comprometidas las contribuciones empresariales, éstas permanezcan inalterables y constantes como forma de dar continuidad a la acumulación de los recursos económicos necesarios para garantizar los derechos de pensión que se pueden generar por medio del plan. Del mismo modo, con la indisponibilidad predicable de los derechos consolidados de los partícipes se trata de evitar el rescate de los recursos patrimoniales para atender necesidades distintas de las de previsión. Sin embargo, la dimensión que alcanzan las garantías en ambos casos resulta distinta por cuanto en el supuesto de la parte promotora se considera necesario que se produzca un desplazamiento patrimonial, perdiendo la titularidad y gestión de los recursos comprometidos, mientras que en el caso de los partícipes únicamente hay una limitación temporal de la propiedad. Por tanto, la irrevocabilidad resulta ser un mecanismo reforzado en el conjunto del sistema-plan cuyas características –deber jurídicamente exigible desde el momento de la adquisición del compromiso que lleva aparejado la pérdida

¹⁰⁶² De ahí que quepa encontrar reglamentos de planes de pensiones que consideren que las aportaciones de los partícipes, una vez realizadas, serán irrevocables, por lo que será imposible su anulación. *Vid.* art. 34.5 del *Reglamento de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los empleados de Emtusa*; art. 30.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los empleados del Grupo Caja Madrid* (31 mayo 2002); art. 40.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los empleados de Realía Business, S.A.* (Noviembre 2000) y art. 37.3 del *Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A.*

de la titularidad de los recursos y que resulta de imposible revocación unilateral- no se ajustan en su totalidad a la relación que guardan los partícipes con sus aportaciones. Esto resulta especialmente claro cuando las aportaciones de los partícipes se establecen como obligatorias en el plan correspondiente. En este caso, tanto promotor como partícipe asumen un compromiso de contribución que les obliga de la misma manera¹⁰⁶³, resultando el deber en ambos casos jurídicamente exigible y pudiéndose modificar únicamente de acuerdo con las previsiones del plan. Ahora bien, la equiparación del complejo obligacional en el que se inscriben promotor y partícipe como consecuencia del deber de contribución que asumen resulta imposible en función de los efectos derivados del esfuerzo contributivo de uno y otro y los intereses de protección en juego. En la medida en que el promotor pierde los recursos afectos al plan, cuestión que no se da con las aportaciones del partícipe, se hace necesario establecer algún tipo de limitación reforzada que impida al promotor recuperar la titularidad de lo aportado, de ahí que se imponga la garantía de la irrevocabilidad. Por el contrario, la limitación que cabe imponer a los partícipes con respecto a las aportaciones efectuadas debe ser la de impedir la disposición de los recursos acumulados de los cuáles, recuérdese, son titulares, lo que justificaría el establecimiento de la iliquidez de sus derechos consolidados.

Finalmente, habría que poner de manifiesto un último aspecto relacionado con la exigencia legal de la irrevocabilidad y que será objeto de tratamiento en otro lugar, en concreto se trata de saber si las contribuciones que las entidades promotoras efectúan a un plan pueden ser un elemento del salario, e incluso más, si las prestaciones otorgadas en aplicación del régimen de previsión pueden ser consideradas como de naturaleza salarial desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. Al referirnos a las contribuciones y aportaciones en el cuadro protector y de organización de los planes trataremos de dar respuesta a esta cuestión.

2.3. El principio de atribución de derechos: la titularidad jurídica de los recursos patrimoniales afectos al plan

Como cuarto principio de ordenación y funcionamiento del sistema de previsión representado por los planes de pensiones hay que hacer referencia a lo que el art. 5.1.d) TRLPFP denomina literalmente como de “atribución de derechos”. Esta formulación inicial del citado principio resulta poco precisa a los efectos de valorar adecuadamente el alcance que ofrece el mismo en el conjunto del sistema legal de los planes. En principio, y sin entrar en el contenido propiamente dicho de la citada norma, tal y como aparece enunciada habría que pensar que el legislador va a tratar de

¹⁰⁶³ En ocasiones, incluso, las aportaciones del promotor se condicionan a las que deba realizar el partícipe. *Vid.* art. 22.1, párrafo 4º de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los empleados de la Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.*

delimitar el conjunto de los derechos de que gozan partícipes, beneficiarios e, incluso, promotores. Parece que esta atribución, que como principio se quiere instituir, guardaría una relación directa con el conjunto de los derechos de información, participación y de naturaleza económica que de acuerdo con el modelo legal y reglamentario corresponderían al conjunto de los elementos personales de los planes. Sin embargo, a poco que avancemos en la lectura del art. 5.1.d) TRLPFP –“las aportaciones de los partícipes a los planes de pensiones determinan para los citados partícipes los derechos recogidos en el artículo 8 de la presente Ley”- no se ven confirmadas nuestras expectativas dado que al legislador lo único que le ha interesado con este precepto es destacar el aspecto económico y financiero de los derechos atribuibles a partícipes y beneficiarios por encima de otras consideraciones. La referencia a las aportaciones de los partícipes y la remisión que se realiza al art. 8 TRLPFP, el cuál está dedicado a las aportaciones y prestaciones, son muestras evidentes de lo comentado. En todo caso, resulta de enorme importancia la prevalencia que se ha querido otorgar a esta cuestión ya que con ello, como se verá, se ensalza uno de los elementos centrales del régimen jurídico regulador de los planes y fondos de pensiones.

Entrando de lleno en el análisis jurídico-positivo de este principio de ordenación y acudiendo al art. 8 TRLPFP como forma de concretar el mismo, lo primero que habría que decir es que las implicaciones que se derivan de la atribución de derechos se fundamentan en la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan reconocida a favor de partícipes y beneficiarios (art. 8.4 TRLPFP). En verdad, es este reconocimiento el que se constituye en el presupuesto necesario para el otorgamiento de los derechos económicos correspondientes. Sin la asignación legal de la condición de titulares a partícipes y beneficiarios difícilmente podrían deducirse los derechos que veremos más adelante. Por ello, y en atención a la importancia que merece este aspecto, analizaremos, en primer lugar, sus características más sobresalientes, para referirnos después, de forma muy breve, a los derechos consolidados de los partícipes y a los derechos adquiridos de los beneficiarios. Antes resulta obligado subrayar la falta de idoneidad de la denominación del principio objeto de nuestro estudio - “atribución de derechos”-. A nuestro parecer, lo determinante con respecto a los derechos económicos que a tal efecto se reconocen, es la proclamación como titulares de los recursos patrimoniales afectos a un plan a partícipes y beneficiarios. De ahí que lo más apropiado hubiera sido formular un principio de titularidad de partícipes y beneficiarios sobre los activos del fondo.

En lo que al análisis de la titularidad patrimonial de partícipes y beneficiarios se refiere, cabe configurar la misma inicialmente a través de dos notas: una, que haría referencia a la naturaleza jurídica propiamente

dicha y otra, a su carácter individual y/o colectiva. Con respecto a la primera, parece comúnmente aceptado que partícipes y beneficiarios ostentan un auténtico de derecho de propiedad sobre los recursos afectos a la provisión de las pensiones complementarias¹⁰⁶⁴. Resulta innegable esta condición pese a la existencia de determinadas limitaciones impuestas legalmente a la hora de hacer efectivos los recursos afectos al plan (art. 8.8 TRLPFP). La disposición limitada de los activos del fondo en modo alguno desvirtúa el carácter de propietarios de partícipes y beneficiarios, dado que las restricciones legales a la efectividad guardan perfecta coherencia con la naturaleza de los planes de pensiones como instrumentos de ahorro finalista. La adscripción de los recursos patrimoniales a fines sociales de provisión justificaría la falta de liquidez de los derechos económicos de los partícipes pero, en modo alguno, daría lugar a la pérdida del poder de dominio que comporta su propiedad¹⁰⁶⁵. En definitiva, cabe hablar de situaciones jurídico-patrimoniales individualizadas de titularidad de los partícipes (y derivativa o reflejamente a la de los beneficiarios) sin que las limitaciones o restricciones en su tutela en atención a otros principios, intereses o reglas que se estimen más merecedoras de protección por su dimensión social, pública o colectiva (ejemplos, solvencia, coherencia, estabilidad de los planes...) sea suficiente para negar tal condición¹⁰⁶⁶.

Por otro lado, la segunda característica a destacar de esta titularidad es la posibilidad de contemplar la misma desde una doble perspectiva, individual y colectiva¹⁰⁶⁷. La primera, se manifestaría a través de la atención prioritaria que el sistema legal otorga a la posición jurídica individual de los partícipes y beneficiarios. Así, la determinación de los derechos de contenido económico y las prestaciones devengadas se lleva a cabo a través de un proceso de asignación de la porción o parte de los activos del fondo que corresponde individualizadamente a partícipes y beneficiarios (arts. 8.7 TRLPFP y 22.2 RFPF). En efecto, los derechos económicos de los partícipes y las prestaciones de los beneficiarios serán el resultado de su esfuerzo contributivo –las aportaciones de los partícipes a los planes de pensiones directas o imputadas (...), determinan para los citados partícipes unos derechos de contenido económico y unas prestaciones (...), art. 22.1 RFPF-. Asimismo, esta atribución de la titularidad se enmarcaría en el sistema financiero y actuarial de capitalización individual que subyace en el sistema legal de los planes de

¹⁰⁶⁴ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos...*, *op. cit.*, p. 121 y MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.ª N.: “Comentario a los arts. 5 y 6...”, *op. cit.*, p. 241 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 509.

¹⁰⁶⁵ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos...*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, pp. 295-296.

¹⁰⁶⁷ Doble dimensión apuntada por MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 180.

pensiones privados. Pero, junto a la existencia de situaciones jurídico-patrimoniales individualizadas, resulta obligado reconocer una dimensión de grupo o colectiva a este principio de atribución de la titularidad de los recursos afectos al plan. Y es que hay que recordar que los planes de pensiones no son más que una institución que da lugar a una agrupación de personas que se asocian con el objeto de realizar unas aportaciones que les reporte en el futuro unas prestaciones económicas previamente delimitadas. De ahí que se pueda hablar del plan de pensiones como un contrato asociativo, ya que sobre la base del mismo se crea un entramado de elementos personales y patrimoniales –asociación o sociedad- con una finalidad común. De este contrato surge la necesidad de una cierta estructura organizativa participada por los propios interesados que represente de algún modo sus intereses en lo que a la inversión de los recursos patrimoniales para la obtención de las prestaciones comprometidas se refiere, de ahí que se puede hablar de una situación de sociedad entre los titulares, en cuanto que el éxito o el fracaso de la inversión gestionada va a ser compartido por los cotitulares y se materializará en la cuenta de posición del plan en el fondo de pensiones (art. 10 TRLFPF)¹⁰⁶⁸.

Precisamente, la constatación de este último aspecto, el que se refiere, como hemos dicho, a la existencia de una situación de cotitularidad de los partícipes y beneficiarios, nos permite subrayar otra cuestión de indudable interés, a saber, el que la regla atributiva de derechos trae causa de una norma de organización jurídico-económica del sistema integrado de planes y fondos de pensiones, en concreto, la del carácter de patrimonio sin personalidad jurídica del fondo. Ello significa que no se le reconozcan facultades de disposición del patrimonio a la entidad del fondo ya que la titularidad de los recursos y activos del mismo corresponde a partícipes y beneficiarios y que el ejercicio de las facultades propiamente dominicales se ejerzan por las Entidades Gestora y Depositaria en interés de aquéllos¹⁰⁶⁹.

Por otra parte, con respecto a la atribución de la titularidad de la masa patrimonial resulta obligado realizar dos matizaciones. Primero, que los derechos de propiedad de partícipes y beneficiarios recaen sobre el conjunto de los recursos afectos al plan, lo que supone incluir tanto las aportaciones directas como las contribuciones del promotor y los rendimientos generados por el fondo. Segundo, que la adquisición de la titularidad de los derechos sobre los recursos patrimoniales del fondo se produce de forma automática desde el mismo instante en que las aportaciones y contribuciones se incorporana a aquél. Esto resulta especialmente importante dado que el ordenamiento legal en nuestro país ha descartado la posibilidad de exigir un período de carencia para la

¹⁰⁶⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Notas delimitadoras...”, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁶⁹ MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.^a: “Principios institucionales de los Planes...”, *op. cit.*, p. 363.

consolidación de los derechos, evitando de este modo que se produzca la pérdida de todo lo acumulado para el trabajador de producirse la extinción de la relación laboral antes de completar el citado período¹⁰⁷⁰.

Hasta aquí nos hemos referido al fundamento que sirve de base a la atribución de derechos a que alude el art. 5.1.d) TRLFPF, que no es otro que el reconocimiento de la titularidad a partícipes y beneficiarios de los recursos afectos al plan. Pero una vez estudiado el mismo, se hace necesario identificar los derechos que se deducen de él, de ahí que tengamos que hablar de los derechos consolidados de los partícipes y los derechos económicos de los beneficiarios. Muy brevemente, por cuanto serán objeto de tratamiento en otro lugar, los primeros son los derechos económicos que ostentarán los partícipes en un momento determinado en atención a las aportaciones directas e imputadas que se hayan efectuado y calculados conforme al régimen financiero actuarial de capitalización correspondiente (art. 22.2 RFPF). Asimismo, la modalidad del plan de que se trate, ya sea de aportación o prestación definida, determinará el alcance real de los derechos consolidados de un partícipe [(art. 22.2, *a*) y *b*)]. Además, estos derechos se someten a un régimen estricto de disposición limitada (art. 8.8 TRLFPF) y de eventual movilización a otros planes (arts. 8.8, párrafo 2º TRLFPF y 35 RFPF), así como de protección (art. 8.8, último párrafo TRLFPF). En el caso de los beneficiarios, su condición de titulares de los bienes adscritos al plan se produce cuando se materialice el hecho causante que da lugar a la prestación. Y esta situación se produce como consecuencia de la transformación de los derechos consolidados de los partícipes en derechos causados a las prestaciones o derechos económicos, según la terminología del TRLFPF (art. 8.8). Como se ve, de la proclamación de partícipes y beneficiarios como únicos titulares de los recursos patrimoniales afectos a un plan se deduce la atribución a éstos de distintos derechos, consolidados y adquiridos o económicos. La diferenciación entre unos y otros deriva de la distinta posición jurídica ocupada en el ámbito del sistema de previsión del plan

Como se verá a lo largo de nuestro trabajo, las implicaciones del principio de atribución de derechos son numerosas en lo que a la conformación de los planes privados de pensiones se refiere, no sólo por la centralidad que se deriva del reconocimiento de la titularidad a partícipes y beneficiarios de los activos del fondo, especialmente en lo relativo a los derechos consolidados y económicos, sino también por el problema más arduo que se plantea con la conservación de los mencionados derechos consolidados y el de los derechos expectantes o en curso de adquisición ante determinadas vicisitudes de la empresa promotora y de la propia

¹⁰⁷⁰ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes...*, op. cit., p. 220 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 510.

relación de trabajo ligadas o no a las anteriores. La importancia de estas cuestiones, tanto la que se refiere a la precisa configuración de los derechos de contenido económico de partícipes y beneficiarios como la relativa a la incidencia de las vicisitudes empresariales en el sistema-plan, aconseja un tratamiento más pormenorizado en otro lugar.

2.4. La adscripción del plan al fondo de pensiones: referencia al principio de integración obligatoria

El art. 6.1.d) TRLPFP exige que los planes de pensiones precisen en sus especificaciones la adscripción del plan a un fondo de pensiones, constituido o a constituir. Se trata, por tanto, de que el reglamento del plan indique expresamente el patrimonio al cual se integran el conjunto de las contribuciones económicas a que los promotores y partícipes estuvieran obligados, así como cualquier otro bien adscrito al mismo. Esta exigencia formal deviene en un principio jurídico básico de los planes de pensiones ya que el legislador obliga a que cualquier plan se integre obligatoriamente en un fondo de pensiones [art. 5.1.e) TRLPFP]. Es más, para la instrumentación de un plan, las aportaciones de los promotores y partícipes se incorporarán inmediata y necesariamente en un fondo de pensiones (art. 17.3. RFPF). De esta forma, los fondos se constituyen en el instrumento para canalizar los ahorros captados, en las condiciones que se determinen en el plan. Son, como se recordará, el patrimonio sin personalidad jurídica y afecto al cumplimiento de uno o varios planes, que están integrados por las aportaciones de sus miembros y por los rendimientos obtenidos por su inversión (art. 2.2 TRLPFP). De esta forma, lo primero que hay que resaltar es que entre el plan de pensiones y el fondo hay una relación instrumental, en el sentido de que el segundo sirve al primero como medio de financiación. En definitiva, los planes, como instrumentos de previsión colectiva, privada y voluntaria mediante el ahorro y la inversión, constituyen un “nuevo fenómeno” de “protección social” vinculados “indisolublemente a los Fondos, sin los cuales resultarían ininteligibles”, por carecer de sentido y consistencia¹⁰⁷¹. Por tanto, estamos ante instrumentos financieros al servicio de los planes, pues con ellos no se trata sino de generar el capital necesario para cubrir las prestaciones futuras¹⁰⁷². Esta vinculación instrumental se acentúa todavía más si cabe de acuerdo con el apartado 4º del art. 10 TRLPFP, ya que conforme a este precepto “los planes del sistema de empleo se integrarán necesariamente en fondos de pensiones cuyo ámbito de actuación se limita al desarrollo de planes de pensiones de dicho sistema”. Precisamente, la Ley 8/1987 permitía la

¹⁰⁷¹ STC 206/1997, 27 noviembre (FJ 6).

¹⁰⁷² MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 10 del TRLPF”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N.: *Comentarios al Texto Refundido...*, op. cit., p. 337.

posibilidad de que un Fondo pudiera integrar planes de pensiones en sus distintas modalidades. Sin embargo, esta circunstancia ya no es posible dado que, como se ha dicho más arriba, los planes de pensiones del sistema de Empleo necesariamente deben integrarse en fondos cuyo ámbito de actuación se limite al desarrollo de planes de dicho sistema. Por ello, la disp. trans. 2ª en su párrafo 5º prevé que “los fondos de pensiones que, a fecha 1 de enero de 2002, integren simultáneamente planes del sistema de empleo y planes del sistema asociado o individual, podrán mantener tal situación, si bien en este caso no podrán integrar nuevos planes de pensiones individuales o asociados”. Asimismo, se prevé que la comisión de control de estos fondos esté compuesta exclusivamente con representación de los planes de empleo “debiéndose proceder a las adaptaciones necesarias en un plazo de doce meses desde el 1 de enero de 2002”. En definitiva, se pretende avanzar, de esta forma, en favor de la diferenciación, apuntada ya por la Ley 24/2001, existente entre los fondos de pensiones de empleo (que integran planes de pensiones de empleo) y los fondos de pensiones personales (que integran planes de pensiones individuales y asociados), dada la diferente naturaleza de sus objetivos. A ello hace referencia la Exposición de Motivos del RPF (RD 304/2004), encuadrando a los fondos de pensiones de empleo en lo que el propio reglamento denomina como segundo pilar de la previsión complementaria, mientras que los fondos de planes individuales o asociados, los agrupa en torno al tercer pilar, dado que éstos últimos canalizan decisiones individuales e independientes de ahorro finalista.

En cuanto a la materialización de este requerimiento legal de instrumentación financiera del plan mediante su incorporación a un fondo, se comprobará de forma más amplia en otro lugar que ésta es una función que se encomienda a la comisión promotora de acuerdo con lo previsto en el art. 9.2 TRLPFP. Aunque hay que tener en cuenta que será el fondo de pensiones o, según corresponda, la entidad gestora de éste, la que adoptará finalmente el acuerdo de admisión del plan en el fondo por entender, bajo su responsabilidad, que se cumplen los requisitos establecidos legalmente, comunicándolo a la comisión promotora (art. 9.3 TRLPFP). A partir de aquí, y una vez aceptada la integración, sólo cabe proceder a la instrumentación del plan, esto es, al traslado de las contribuciones económicas de los elementos personales del plan en la cuenta de posición del plan en el fondo (art. 10.1 TRLPFP). Esta cuenta es el instrumento que determina la parte del activo del fondo que corresponde al plan¹⁰⁷³. Su correcta cuantificación adquiere una importancia notable puesto con cargo a esta cuenta se atenderá el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la ejecución del plan (art. 10.1 TRLPFP). En la cuenta se incluirán dos

¹⁰⁷³ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de..., op. cit.*, p. 96.

elementos: aportaciones y rendimientos fruto de las inversiones. Ambos, junto con los gastos específicos que caractericen la integración, conformarán la cuenta de posición del plan en el fondo¹⁰⁷⁴.

Por lo demás, cabe decir que el régimen jurídico de la integración obligatoria contempla dos aspectos esenciales, como son, las condiciones de traspaso o movilización de la cuenta a otro fondo de pensiones, así como la propia liquidación del plan y, por otro lado, las competencias específicas de la comisión de control del plan, tanto en relación a la posibilidad de movilizar recursos de la cuenta de posición en los planes de pensiones del sistema de empleo como en la supervisión de su funcionamiento.

En lo que respecta a la primera cuestión, debe indicarse que tal posibilidad de movilización se prevé en dos situaciones: de un lado, en los casos contemplados en el artículo 85, esto es, de sustitución de la entidad gestora o depositaria; y, de otro, en el supuesto de que libremente lo decida el plan por acuerdo de la comisión de control (art. 61 RFPF). Respecto de la liquidación del plan, no existen previsiones específicas en la normativa, salvo las que se dirán después con ocasión del estudio de dicha circunstancia (terminación del plan).

Con respecto al segundo de los aspectos de regulación de la integración obligatoria, cabe decir que la comisión de control de los planes del sistema de empleo adquiere en este punto un protagonismo especial si tenemos en cuenta que a la misma se le atribuyen dos importantes competencias: de un lado, la posibilidad de canalizar recursos de su cuenta de posición a otros fondos de pensiones o adscribirse a varios, gestionados, en su caso, por diferentes entidades gestoras (art. 10.2 LPFP)¹⁰⁷⁵ y, de otro, supervisar la adecuación del saldo de la cuenta de posición del plan a los requerimientos del régimen financiero de éste (art. 10.3 LPFP)¹⁰⁷⁶. Se trata de dos atribuciones que resultan significativas en el conjunto de la normativa de la ordenación de los planes: en la primera, se implica al sistema de gestión financiera, con la consiguiente posibilidad de intervenir en decisiones de este tipo que pueden redundar, si se opta por la diversificación, en un aumento de la rentabilidad de los recursos acumulados a afectos a los fines de provisión; en la segunda, se hace

¹⁰⁷⁴ Tal y como indica el art. 15.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)* “las aportaciones corrientes y, en su caso, los bienes y derechos, se recogerán en la cuenta de posición del Plan en el Fondo de Pensiones al cual esté adscrito. Con cargo a esta cuenta, se atenderá el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la ejecución del Plan. Dicha cuenta recogerá asimismo las rentas derivadas de las inversiones del Fondo de Pensiones que deban asignarse al Plan, de acuerdo con las disposiciones de esta normativa y de los gastos específicos que caractericen la integración en el Fondo de Pensiones”.

¹⁰⁷⁵ El art. 65 RFPF es el encargado de desarrollar las condiciones que deben regir la canalización de recursos de un plan de pensiones adscrito a un fondo a otros fondos de pensiones abiertos.

¹⁰⁷⁶ La adscripción múltiple se realizará exclusivamente mediante la articulación de subplanes, que deberán delimitarse conforme a lo establecido en el art. 66 RFPF.

patente una función que va más allá de la mera asunción de contenidos de “control”; se asumen por la comisión de control facultades de gestión del sistema en conexión con los fondos¹⁰⁷⁷.

Por último, debe hacerse mención de una última cuestión que cobra en este apartado especial importancia. Se trata de la opción de que disponen los planes promovidos por empresas establecidas en España de adscribirse a fondos de pensiones de empleo autorizados o registrados en otros Estados miembros (art. 38.1, párrafo 1º TRLPFP). Estamos, por lo demás, ante una opción equivalente a la de los planes de empresas establecidas en otros Estados miembros con respecto a su eventual integración en fondos de pensiones de empleo autorizados o registrados en España (art. 38.1, párrafo 2º TRLPFP). Como se recordará, sobre esta cuestión incide el nuevo Capítulo X del TRLPFP, incorporado a éste como consecuencia de la trasposición a la legislación española de la Directiva 2003/41/CE a través de la Ley 11/2006. En el nuevo capítulo mencionado se regula de forma pormenorizada la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo. En lo aquí interesa conviene destacar los siguientes aspectos de dicho régimen.

Por lo pronto, hay que dejar anotado algo obvio respecto a la posibilidad de que un fondo pueda integrar planes de pensiones promovidos desde otros Estados miembros al de aquél. Y es que deberá contar con la autorización pertinente del Estado miembro de origen del fondo (art. 38.2, párrafo 1º TRLPFP). A partir de aquí, la integración de cada plan en el fondo requerirá, con carácter previo, cumplimentar los procedimientos de comunicaciones entre el fondo de pensiones y las autoridades de supervisión de los Estados miembros de origen y de acogida (art. 38.2, párrafo 2º TRLPFP). Del desarrollo de este proceso de adscripción se ocupan tanto el art. 40 TRLPFP, respecto de la integración de planes de pensiones de empresas de otros Estados miembros en un fondo de pensiones de empleo domiciliado en España, como el art. 44 TRLPFP respecto de la integración de planes sujetos a la legislación española en fondos de empleo domiciliados en otros Estados miembros.

Lo fundamental, en lo que aquí nos ocupa, se centra en las consecuencias que respecto del plan/fondo de pensiones puede dar lugar dicha integración, señaladamente en dos aspectos cruciales: de un lado, en lo relativo al régimen jurídico aplicable a los compromisos por pensiones contraídos y, de otro, con respecto a las normas sobre inversiones de los fondos. Sobre la primera cuestión, se impone una regla básica, cuál es la de que la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo se llevará a cabo respetando la legislación social y laboral de cada Estado

¹⁰⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.ª N.: “Comentario a los artículos 5 y 6...”, *op. cit.*, p. 243.

miembro de acogida relativa a la organización de los sistemas de pensiones, inclusive en materia de afiliación obligatoria, y las disposiciones resultantes de la negociación colectiva, bajo las cuales deba desarrollarse el plan de pensiones (art. 38.3 TRLPFP). El artículo 43 de la Sección 3ª (Ley 11/2006) enumera una serie de preceptos del vigente Texto Refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones que se consideran «legislación social y laboral» española aplicable a los planes de pensiones de empresas establecidas en España. Esta consideración de legislación social y laboral de los preceptos enumerados opera en el ámbito de la actividad transfronteriza, como categoría introducida por la Directiva 2003/41/CE en la articulación y supervisión de dicha actividad, de forma que la adscripción del plan de la empresa española a un fondo de otro Estado miembro no ha de suponer la desregulación del plan de pensiones, que seguirá rigiéndose por las normas de la ley española (principios básicos, límites de aportación, exigencia de comisión control...), sin que ello altere la consideración de estos preceptos como materias de ordenación básica y competencia exclusiva del Estado con arreglo al artículo 149.1.11.ª, 13.ª y 6.ª de la Constitución Española.

Sobre la segunda cuestión apuntada, serán aplicables, con carácter general, las normas sobre inversiones de los fondos de pensiones establecidas en la legislación del Estado miembro de origen (art. 38.4, párrafo 1º TRLPFP). No obstante, en el caso de que las normas sobre inversiones del Estado miembro de acogida sean similares o más rigurosas que las del Estado del fondo de pensiones, la autoridad del Estado miembro de acogida podrá exigir, mediante comunicación a la autoridad del Estado miembro de origen, que se apliquen otros requisitos previstos legalmente para la parte de activos del fondo de pensiones correspondiente a los planes de pensiones sujetos a la legislación social y laboral del Estado de acogida¹⁰⁷⁸.

Como cabe imaginar, esta nueva categoría de planes trasfronterizos en el ámbito de la Unión Europea va a tener una notable incidencia en todo el régimen jurídico regulador de los planes/fondos de pensiones. Aspectos tales como el propio proceso de integración de los planes, los sistemas de control y supervisión, la eventual instrumentación de los compromisos por pensiones a través de fondos de pensiones de empleo domiciliados en otros Estados miembros, quedan afectados por las normas relativas a la actividad transfronteriza de los fondos. A lo largo de esta investigación, en cada uno de los apartados correspondientes, se dará buena cuenta de cada una de las cuestiones apuntadas.

¹⁰⁷⁸ Sobre estos requisitos *vid.* art. 38.2, letras a), b) y c) TRLPFP.

IV. LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS COMPROMISOS EMPRESARIALES POR PENSIONES: EL PAPEL DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO

Ya se ha puesto de manifiesto en otro lugar como uno de los factores condicionantes del desarrollo de la previsión social voluntaria en nuestro país estuvo constituido por la necesidad de dotar de garantías a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas frente a sus trabajadores. Con la potenciación de los mecanismos privados de previsión, especialmente a través de la instauración de una legislación impulsora de los planes y fondos de pensiones, se hacía necesaria una mayor preocupación de los poderes públicos por hacer de éstos unos instrumentos viables y eficientes en contraposición a la etapa precedente caracterizada por la falta de protección de los compromisos empresariales por pensiones. En definitiva, si las pensiones privadas, especialmente las derivadas de la autonomía colectiva negocial, iban a ser una de las piezas clave del sistema de protección social, parecía lógico que el legislador se preocupara de establecer un régimen de garantías a fin de asegurar las futuras prestaciones ante el hipotético incumplimiento de las obligaciones correspondientes por parte del sujeto responsable¹⁰⁷⁹.

Y así, conviene recordar que las obligaciones empresariales de previsión se enmarcaban generalmente en el proceso de negociación colectiva vía mejoras voluntarias, siendo objeto de cobertura a través de mecanismos diversos (devengo a caja, reserva contable, dotación a provisiones, fondo interno, fondo externo, Mutualidades de Previsión Social, Fundaciones Laborales, entidades aseguradoras, etc.)¹⁰⁸⁰. Generalmente, tal y como se dijo con anterioridad, era mayoritario el uso del sistema de pago por caja o la creación de fondos internos contables como forma de instrumentar las mejoras pactadas. El primero se caracterizaba porque las pensiones se pagaban en el momento en el que se producía el hecho causante, normalmente la jubilación, con lo que la inseguridad respecto al cobro de la misma resultaba evidente ya que ello se hacía depender de las condiciones económicas que atravesara la empresa en ese momento. La asunción de estos compromisos por parte de la empresa, sin una adecuada provisión, condicionaba, sin duda alguna, la capacidad de hacer frente a las prestaciones¹⁰⁸¹. Sin embargo, con la aprobación del Plan

¹⁰⁷⁹ VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, p. 47. Como han señalado las SSTSJ Cataluña 12 junio 2002 (AS 2002, 2493) y del mismo tribunal 11 marzo 2005 (AS 2005, 1255) “la generalización de los complementos de pensiones dentro del marco de la negociación colectiva determinó la conveniencia de que los mismos se articularan a través de planes o seguros colectivos (...)”.

¹⁰⁸⁰ Un análisis de los mismos en BARCELÓ RICO-AVELLÓ, G. y ÁVALOS MUÑOZ, L.: *Previsión social...*, *op. cit.*, pp. 43-64.

¹⁰⁸¹ RUIZ BARBADILLO, E.: “Determinantes sociopolíticos en la emisión de la norma referida a las provisiones para pensiones”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 85, 1995, p. 1076. A pesar de haber sido uno de los sistemas más utilizados por las empresas contaba con dos importantes inconvenientes: 1) que no ofrecía suficiente garantía de cobro a sus beneficiarios, ya que una situación de

General de Contabilidad (RD 1643/1990, de 20 de diciembre) se prohíben los pagos sobre la marcha al hacerse obligatoria la constitución de provisiones para pensiones en el pasivo del balance¹⁰⁸².

Por su parte, los fondos internos no eran más que reservas que se contabilizaban en el pasivo de los balances de las empresas con el objeto de hacer frente a los compromisos por pensiones que tuvieran asumidos con sus empleados activos y con sus pensionistas¹⁰⁸³. Ello suponía que las prestaciones a pagar en el futuro se hacían derivar de fondos propios de la empresa, respecto de los cuáles era titular y administraba conforme a sus intereses. Este control sobre los recursos afectos al sistema de previsión resultaba a todas luces muy ventajoso para las empresas ya que les permitía financiar su propia actividad¹⁰⁸⁴. Ahora bien, los riesgos que ofrecía este modo de instrumentar los compromisos por pensiones eran evidentes ya que por el juego del artículo 1.911 del Código Civil que consagra la responsabilidad patrimonial universal del deudor, no se distinguían dichos fondos internos del resto del patrimonio empresarial en orden a las responsabilidades económicas afrontadas por el titular¹⁰⁸⁵. La empresa, al asumir con el tiempo los compromisos por pensiones con sus empleados, respondía con sus propios activos en el caso de una crisis. Por tanto, la constitución de fondos internos dentro de la empresa no ofrecía garantías precisas de que los compromisos pudieran materializarse¹⁰⁸⁶ por cuanto no existía una división patrimonial neta entre los bienes afectos al pago de las pensiones y el resto que lo constituye¹⁰⁸⁷.

Como ya se dijo en su momento, estábamos ante una situación en la que resultaba urgente garantizar el abono de las prestaciones comprometidas, de modo que éste no se hiciera depender de la mayor diligencia y precaución del empresario, que con suerte podía haber constituido una reserva separada del resto del capital para atender los pagos por prestaciones encomendando su gestión a una entidad independiente de la empresa y especializada en la administración de patrimonios. Por tanto, el sistema carecía de total seguridad, lo que exigía su revisión en al menos

crisis o dificultades económicas de la empresa podrían paralizar o eliminar los derechos de los beneficiarios; 2) a medida que la plantilla iba envejeciendo, el peso de la financiación de las prestaciones va siendo cada vez mayor, repercutiendo de forma significativa en la cuenta de resultados y en la autofinanciación de la empresa (ANFOSSO BORRELL, S.: *Iniciación a los Fondos...*, *op. cit.*, pp. 114-115).

¹⁰⁸² Con anterioridad a la referida norma, el Banco de España en su circular número 15/1986, de 23 de septiembre, obligó a las entidades de crédito a realizar una dotación anual para atender sus compromisos por pensiones contraídos.

¹⁰⁸³ SANZ ARNAL, E.: "Sistemas de previsión...", *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁸⁴ Un ejemplo a destacar es el de las grandes corporaciones alemanas que aprovecharon esta suerte de autofinanciación particular durante la fase de reconstrucción de la economía y la industria devastadas por la guerra (TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension...*, *op. cit.*, p. 20).

¹⁰⁸⁵ BORGES CHAMORRO, A. M.: "Compromisos y derechos de previsión...", *op. cit.*, p. 405.

¹⁰⁸⁶ CASTRO ARGÜELLES, M. A.: "El papel de los planes y fondos...", *op. cit.*, p. 491.

¹⁰⁸⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: "Delimitación y notas características...", *op. cit.*, p. 20.

cuatro aspectos: el primero, relacionado con la gestión de los fondos para atender los compromisos contraídos por la empresa con los trabajadores ya que no existía la certeza de que los mismos estuvieran siendo adecuadamente invertidos, de modo que se estuviera favoreciendo su rentabilidad y estabilidad en el tiempo, ya que, al contrario, cabía pensar en la posibilidad de que la empresa atendiera con ellos otras necesidades distintas a los fines de previsión¹⁰⁸⁸; el segundo, de índole financiero igualmente, en el que quedaba patente que la cuantía final de las provisiones dedicadas a la prestación social se hacía depender, en buena medida, de la situación económica de la empresa¹⁰⁸⁹; el tercero, de corte jurídico, por cuanto la prestación comprometida vía mejoras voluntarias con total falta de aseguramiento financiero como hemos visto no era más que una expectativa de derecho, la cuál se podía materializar en derecho efectivo con el acaecimiento de la contingencia objeto de cobertura, en condiciones que podían ser bien distintas a las pactadas en su origen, entre otras circunstancias porque podía no actualizarse al ritmo deseado; expectativas que podían verse frustradas totalmente como consecuencia de la ruptura del vínculo contractual con anterioridad a la actualización al hecho causante; por último, al ser los compromisos por pensiones resultado del proceso de negociación colectiva, éstos podían ser objeto de modificación en sucesivos procesos renegociadores, con el evidente riesgo de que los trabajadores desconociesen el alcance real de las prestaciones comprometidas.

Ante esta situación de fragilidad de los compromisos por pensiones, especialmente cuando se instrumentan a través de fondos internos de previsión social, se planteaba la necesidad de otorgar garantías jurídicas y económicas a favor de los trabajadores¹⁰⁹⁰. Precisamente, en los puntos siguientes nos dedicaremos al estudio, en primer lugar, de las medidas legislativas adoptadas para corregir esta situación, con especial atención al RICP, para luego llevar a cabo, en segundo lugar, el análisis de los aspectos generales de la exteriorización obligatoria de los compromisos por pensiones impuesta por aquellas normas, así como el papel que los planes de pensiones del sistema de empleo van a jugar en ese régimen de instrumentación externa. Finalmente, será el momento de proceder a una

¹⁰⁸⁸ Tal y como señala RUIZ BARBADILLO, resulta significativo el supuesto de las empresas eléctricas, las cuáles tenían comprometidas prestaciones por valor de medio billón de pesetas sin que se hubiera realizado dotación alguna respecto de las mismas (“Determinantes sociopolíticos...”, *op. cit.*, p. 1082).

¹⁰⁸⁹ Cabe recordar, siguiendo a TAPIA HERMIDA, que muchas empresas “comprometidas” con las pensiones de sus trabajadores se vieron sumidas en situaciones de iliquidez o de insolvencia que les condujo a expedientes judiciales de suspensión de pagos o quiebra, en los que aquellos compromisos se vieron, “en el mejor de los casos, postergados y afectados por los efectos dilatorios, remisorios o mixtos de los convenios, cuando no volatilizados en la realidad” [“Seguro colectivo y fondos internos de previsión social (I y II)”, *Actualidad Laboral*, num. 20, 1994, p. 297].

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, p. 297.

valoración crítica de la exteriorización obligatoria como medida de protección de los intereses de previsión de los trabajadores.

1. Los instrumentos normativos adoptados en favor del establecimiento de un régimen obligatorio de instrumentación externa de los compromisos empresariales de pensiones

El establecimiento de un régimen de instrumentación de los compromisos por pensiones, tal y como se encuentra regulado en la actualidad por la disp. adic. 1ª TRLFPF y en su conjunto por el RICP, caracterizado por prohibir los fondos internos de previsión social y por limitar las formas de exteriorización de los citados compromisos a planes de pensiones o contratos de seguro o ambos a la vez, no ha resultado fácil. Hasta llegar a esta situación fue necesaria la adopción de medidas legislativas de diversa índole que, especialmente al principio, no fueron muy bien aceptadas. El planteamiento de la exteriorización de los compromisos por pensiones a través de las fórmulas mencionadas chocaba con, al menos, tres posturas nada desdeñables¹⁰⁹¹: por un lado, con el distanciamiento que los potenciales partícipes manifestaban con respecto a los sistemas complementarios, así como con su manifiesto desinterés por el ahorro a largo plazo; por otro, con el rechazo inicial de los sindicatos que se mostraban temerosos de que el fomento de planes de pensiones en el ámbito empresarial sirviera de justificación a un eventual relajamiento de las prestaciones públicas de Seguridad Social; finalmente, quizás el más importante, con la oposición empresarial al no estar dispuestos los empresarios a desprenderse de los recursos afectos a los fines de previsión, prefiriendo su mantenimiento dentro de su estructura patrimonial como una fuente financiera más.

Precisamente, las dudas que se suscitaban con respecto al principio de exteriorización obligatoria de los compromisos por pensiones exigió por parte del legislador la adopción paulatina de un conjunto de instrumentos normativos que posibilitaran finalmente la consolidación del citado principio. En atención a ello, se fueron sucediendo una serie de previsiones normativas, las cuáles se pueden agrupar en tres etapas decisivas: en primer lugar, cabe señalar una primera fase que se inicia con la promulgación de la Ley 8/1987 en la que se prevé un tratamiento fiscal favorable para los sistemas que se constituyan en fondos de pensiones, sin que se imponga de forma obligatoria la exteriorización de los fondos internos ni la transformación del resto de las fórmulas de previsión; en segundo lugar, la aprobación de la Ley 30/1995 marca el inicio de la prohibición de los fondos internos de previsión social en nuestro país como forma de dar cumplimiento al mandato comunitario previsto en el art. 8 de la Directiva

¹⁰⁹¹ Recogidas por RUIZ BARBADILLO, E.: “Determinantes sociopolíticos...”, *op. cit.*, p. 1080.

80/987/CE; en tercer lugar, el régimen de instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y sus beneficiarios queda perfilado con el desarrollo reglamentario (RD 158871999) de las previsiones contenidas en la Ley 30/1995. A cada una de estas etapas, sucesivas en el tiempo, nos vamos a referir a continuación.

1.1. La exteriorización voluntaria e incentivada fiscalmente tras la aprobación de la Ley 8/1987

Lo primero que hay que poner de manifiesto es que con la aprobación de la Ley 8/1987 se perdió la oportunidad de imponer de forma obligatoria la instrumentación externa de los compromisos empresariales por pensiones, y ello pese a que los sucesivos proyectos de ley de regulación de los fondos de pensiones venían a exigir la integración en fondos externos de los planes de jubilación o de previsión promovidos por Fundaciones Laborales, Caja de Pensiones y demás instituciones de previsión Personal de análoga naturaleza, incluidas las asignaciones realizadas por las empresas con este fin (disposición transitoria). Se trataba de una cuestión que generó un número importante de enmiendas al proyecto de ley, abogando todas ellas por la modificación del carácter obligatorio de la transformación de los instrumentos utilizados hasta ese momento para gestionar los compromisos empresariales por pensiones, dejando que tal decisión fuera una opción facultativa de las propias entidades¹⁰⁹². Incluso los Grupos de Minoría Catalana -enmienda núm. 186- y de Coalición Popular -enmienda núm. 263- abogaban por establecer un régimen jurídico diferenciado para el caso de empresas y entidades que tuvieran en su momento constituidos planes internos o cualquier otro sistema análogo para el pago de complementos de pensión a sus trabajadores o afiliados. Postulaban con esta medida el que los patrimonios constituidos al efecto se pudieran conservar con el objeto de pagar las pensiones que se fueran originando, si bien no podrían aumentarlos de ningún modo. A juicio de estos grupos, la existencia en la práctica de este tipo de patrimonios internos dentro de las empresas hacía necesario un período transitorio que, sin detrimento de la economía de las empresas, permitiera la congelación y progresiva extinción de dichos patrimonios¹⁰⁹³. Finalmente, todas estas cautelas se impusieron en el texto de la LPFP (Ley 8/1987) dado que se terminó por configurar un régimen voluntario de transformación de los sistemas de instrumentación de compromisos por pensiones.

¹⁰⁹² Enmiendas núm. 33, Grupo Mixto (Euskadiko Ezquerria); núm. 71, Grupo Parlamentario Vasco (PNV); núm. 120, del Grupo Socialista; núm. 187 Grupo Minoría Catalana; núm. 262, grupo Coalición Popular; núm. 321, Grupo CDS, Congreso de los Diputados (BOCG, Serie A, núm. 7-5, 17 noviembre 1986).

¹⁰⁹³ Por su parte, el Grupo Mixto, Izquierda Unida-Esquerria Catalana, a través de la Enmienda núm. 99, quiso excluir a las Mutualidades de Previsión Social de lo previsto en la disposición transitoria (BOCG, Serie A, núm. 7-5, 17 noviembre 1986).

Así, la redacción final de la disposición transitoria 1ª, apartado 1º, de la LPFP (Ley 8/1987) va a permitir¹⁰⁹⁴ –“podrán” dirá exactamente el texto legal- la constitución en Fondos de Pensiones según su nueva regulación legal de las Entidades de Previsión Social, las Fundaciones Laborales, las instituciones de previsión social previstas en el RD 263/1982, de 15 de octubre –mutualidades, montepíos y fondos de pensiones- y, en concreto, “los fondos constituidos por contribuciones y dotaciones realizadas para la cobertura de prestaciones análogas a las previstas en esta Ley, incluidas las pensiones causadas (...)”. Para ello se les concede un plazo de un año desde la entrada en vigor del Reglamento –ampliado posteriormente hasta el 3 de noviembre de 1990- y se les otorga un trato fiscal ventajoso como consecuencia de su adaptación [–“gozarán de exención en los impuestos que graven las operaciones necesarias para ello (...)” (disp. trans. 1ª, aptdo 1º, último párrafo LPFP); “los incrementos o disminuciones patrimoniales que puedan surgir como consecuencia de la integración (...) por la realización o aportación de los elementos patrimoniales inicialmente afectos a Instituciones de Previsión del Personal, quedan exentos de la tributación que corresponda a tales fondos patrimoniales” (disp. trans. 1ª, aptdo 2º, primer párrafo LPFP); y “por la cantidades integradas en los Fondos de Pensiones no se exigirá imputación fiscal a los partícipes (...)” (disp. trans. 1ª, aptdo 3º LPFP)].

La posibilidad que se les otorgaba a los fondos internos y al resto de sistemas de previsión de adaptarse a la figura de los fondos de pensiones contaba asimismo con un conjunto de previsiones normativas encargadas de regular el régimen transitorio de adaptación de estas instituciones¹⁰⁹⁵. Por un lado, las propias disposiciones transitorias de la LPFP (Ley 8/1987) y el RFPF (RD 1307/1988) marcaron los aspectos fundamentales del trasvase de elementos patrimoniales de los sistemas de previsión preexistentes a fondos de pensiones, en calidad de aportaciones a planes de pensiones. Por otro, la Orden de 27 de julio de 1989 se ocupó de precisar el proceso de formalización o adaptación a ese régimen transitorio. Así, la transformación de otros sistemas en el ámbito empresarial, ya se tratara de fondos internos, Fundaciones, Entidades de Previsión Social, etc., a lo previsto en aquellas normas exigía inicialmente la promoción de un plan del sistema de empleo. Ello implicaba la elaboración de un proyecto de integración comprensivo de las especificaciones del plan, del sistema proyectado para hacer frente a las obligaciones contraídas con jubilados y beneficiarios, de los criterios de atribución de derechos a consolidar sobre los fondos constituidos o por reconocimiento de servicios pasados y de la

¹⁰⁹⁴ Como indicaba la STS 26 enero 1993 (RJ 1993, 270) “a la vista de la regulación de Planes y Fondos de Pensiones y de su Reglamento ejecutivo la transformación de los fondos de internos en Fondos de Pensiones es posible pero no obligada”.

¹⁰⁹⁵ Una visión práctica de este régimen de adaptación en VIDAL CARUANA, G.: “Planes y Fondos de pensiones. La conversión de...”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, pp. 1345-1356.

situación jurídica de los sistemas de previsión complementaria afectados que derivaría de la constitución del plan de pensiones, complementado el proyecto con los oportunos dictámenes profesionales¹⁰⁹⁶.

Por otra parte, el sistema instaurado por la Ley 8/1987 se caracterizaba, como ya se dijo en otro lugar, por penalizar fiscalmente a los sistemas de previsión que no se acogieran a la citada transformación incentivada. Esto era especialmente significativo en el caso de los fondos internos ya que a partir de ese momento las dotaciones que la empresa realizara a los mismos dejaban de ser fiscalmente deducibles¹⁰⁹⁷. En definitiva, se penalizaba en términos fiscales a las empresas que no se acogieran a este proceso de exteriorización de carácter voluntario, ya que para poder deducir las contribuciones realizadas para cubrir las prestaciones comprometidas debían cumplir los severos requisitos impuestos por la disp. adic. 1ª, aptdo 1º, de la LPFP (Ley (/1987) y por los arts. 70 al 75 del RFPF (RD 1307/1988)¹⁰⁹⁸.

Como se ve, pese a que la Ley 8/1987 no impusiera la transformación obligatoria de los sistemas de previsión complementaria anteriores al modelo de planes y fondos de pensiones por ella previsto, sí que existía, en todo caso, un intento de encauzarlos progresivamente por aquella vía. Para ello, como se ha podido comprobar, se utilizó una doble opción, a saber, incentivar fiscalmente a aquellos que sí estaban dispuestos a adaptarse y, al contrario, endurecer el régimen tributario de las fórmulas alternativas que optaron por no acogerse al proceso de exteriorización. Cabía pensar, por tanto, que ambos aspectos iban a poder actuar como elementos motivadores a favor de una transformación lo suficientemente importante como para poder hablar de un nuevo modelo de previsión social empresarial más uniforme y coherente conforme a las previsiones de la LPFP (Ley 8/1987) Sin embargo, la renuncia a instaurar un sistema obligatorio de exteriorización de los compromisos empresariales de pensiones optando por otro de carácter voluntario e incentivado fiscalmente no tuvo el éxito esperado, dada la escasa acogida que tuvo entre las empresas.

A decir verdad, el poco entusiasmo que parecían ofrecer las empresas ante la exteriorización se sustentaba en dos tipos de argumentos¹⁰⁹⁹. Por un lado, la transformación de los fondos internos iba a suponer la pérdida del control de los recursos afectos por parte de las empresas, quedando los mismos en manos de los partícipes, lo que planteaba, a su vez, dos tipos de problemas: el primero, que las empresas preferían mantener una total

¹⁰⁹⁶ BARCELÓ RICO-AVELLÓ, G. y AVALOS MUÑOZ, L.: *Previsión social...*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁹⁷ Un estudio de la situación tributaria de las diferentes fórmulas de previsión social empresarial existentes en ese momento en RAMÍREZ MEDINA, E.: "Fiscalidad de los sistemas de previsión social empresarial", *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 45, 1996, pp. 66-82.

¹⁰⁹⁸ Un análisis pormenorizado de los mismos en MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes...*, *op. cit.*, pp. 227-241.

¹⁰⁹⁹ RUIZ BARBADILLO, E.: "Determinantes sociopolíticos...", *op. cit.*, pp. 1080-1082.

disponibilidad sobre los fondos constituidos y gozar, por tanto, de plena libertad para poder determinar el destino a otorgar a los mismos y, el segundo, que las transferencias patrimoniales que suponía la exteriorización ponía de manifiesto, en algunos casos, la existencia de unas prestaciones comprometidas que no habían sido suficientemente dotadas¹¹⁰⁰. Por otro lado, quienes no optasen por la exteriorización y mantuvieran sus fondos internos de previsión iban a tener que soportar la carga adicional que suponía la no deducibilidad fiscal. En realidad, los temores de las empresas frente a la exteriorización se derivaban de la propia normativa de planes y fondos de pensiones¹¹⁰¹, respecto de la cuál ya se habían mostrado reticentes en dos aspectos fundamentales, a saber: en primer lugar, el principio de no discriminación podía actuar como freno a la entrada de numerosas empresas que disponían de planes destinados a grupos homogéneos y, en segundo lugar, la representación mayoritaria en la comisión de control de los representantes de los partícipes al pasar a ser éstos titulares de los recursos suponía aceptar que la política de inversiones de la empresa en materia de previsión debía ser negociada con los interlocutores sociales¹¹⁰². Por ello, una vez finalizado el plazo de transformación voluntaria de los fondos internos (y del resto de sistemas de previsión preexistentes), en concreto el día 3 de noviembre de 1990, el balance final del mismo fue un tanto desalentador ya que sectores referentes respecto a la existencia de sistemas de pensiones complementarias, como el sector eléctrico y el financiero, no acudieron a la externalización de los fondos¹¹⁰³.

¹¹⁰⁰ Un ejemplo paradigmático está constituido por las empresas eléctricas. Tal y como señala RUIZ BARBADILLO, E., éstas, que “seguían el sistema de pago sobre la marcha, argumentaban que en ningún caso podría ponerse en duda la garantía de las prestaciones comprometidas, por cuanto dada la naturaleza de su actividad, sometida a la regulación por parte de la Administración, donde quedaba garantizada una rentabilidad sobre los capitales invertidos, quedando sobradamente justificada la solvencia de la empresa, y por ello la garantía de hacer frente a las prestaciones, considerando que el mejor sistema era el pago sobre la marcha. Indudablemente, el verdadero problema que mantenían las eléctricas era la existencia de unas prestaciones comprometidas valoradas en medio billón de pesetas, sobre las cuáles no se había realizado dotación alguna, lo cual ponía serias trabas para acogerse a la externalización”, (“Determinantes sociopolíticos...”, *op. cit.*, p. 1082).

¹¹⁰¹ ANFOSSO BORRELL, S.: *Iniciación a los...*, *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁰² Esto era especialmente significativo en el sector bancario, el cuál estaba acostumbrado desde hacía mucho tiempo a controlar y manejar directamente los fondos internos afectos a estas prestaciones complementarias de sus trabajadores, por lo que aceptar que su política de inversiones al respecto debía ser negociada con los interlocutores sociales, representantes de sus trabajadores, era excesivamente forzado (HORNEDO MUGUIRO, A.: “Los Planes de Empleo. Régimen Transitorio”, en VV. AA. (Navas Olóriz, J. ed.): *Los Planes...*, *op. cit.*, p. 116. Un estudio de la configuración de las prestaciones complementarias por jubilación en el XIV Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros se puede encontrar en VALLE VILLAR, J. M. del: “Complementos de pensiones en el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros”, *Documentación Laboral*, núm. 21, 1987, pp. 83-123.

¹¹⁰³ RUIZ BARBADILLO, E.: “Determinantes sociopolíticos...”, *op. cit.*, p. 1081.

1.2. La prohibición de los fondos internos a través de la Ley 30/1995: la transposición del artículo 8 de la Directiva 80/987/CE

Tras la emisión de sucesivas Circulares por parte del Banco de España obligando a las entidades de crédito a provisionar progresivamente sus compromisos por pensiones y la aprobación del RD 1643/1990, de 20 de diciembre (Plan General de Contabilidad) ampliando esta obligación a todas las empresas, se impone finalmente la exteriorización obligatoria de los fondos internos de previsión. De ello se encargó la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados al dar una redacción totalmente distinta a la disposición adicional 1ª de la Ley 8/1987 indicando que “los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas” debían instrumentarse a través de planes de pensiones o de seguros colectivos de vida (disp. adic. 11ª, aptdo 19º). Lo que la Ley 8/1987 simplemente trataba de incentivar, la Ley 30/1995 se encargaba de imponer, instaurando un régimen de instrumentación vinculante para todas las empresas que se obligaban con sus empleados a realizar aportaciones u otorgar prestaciones vinculadas a contingencias establecidas en el marco de la legislación previsional contenida en la Ley 8/1987¹¹⁰⁴. Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 las empresas que pactaran con sus empleados el abono de prestaciones con cargo a dotaciones internas se encontraban obligadas a instrumentar dichos compromisos a través de planes de pensiones o seguros colectivos de vida. Este principio de externalización *ex lege* actuaba como una condición para la eficacia de los compromisos por pensiones y del cobro de las prestaciones causadas¹¹⁰⁵.

Así, con la obligación de externalización que impuso la Ley 30/1995 ya no resultaba admisible la cobertura de los compromisos por pensiones “mediante la dotación por el empresario de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de éste de la titularidad de los recursos constituidos” (disp. adic. 1ª Ley 8/1987). De esta manera, se potenciaba la eliminación de los fondos internos de previsión social¹¹⁰⁶ como mecanismos de instrumentación de compromisos por pensiones al imposibilitar su utilización a partir de la entrada en vigor de la Ley

¹¹⁰⁴ Como indica ROMERO BURILLO, “los resultados obtenidos tras la finalización del plazo que se había previsto para la transformación de los fondos internos obligó al legislador a optar por el establecimiento de una cláusula de naturaleza obligatoria, que fue la que se introdujo con la LOSSP” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 281).

¹¹⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 57. Así lo entendía la disposición adicional 1ª de la Ley 8/1987, introducida por la Ley 30/1995, y así se reconoce de nuevo en el Real Decreto-Legislativo 1/2002 (TRLRFPF), también en su disposición adicional 1ª, al afirmar que “la efectividad de los compromisos por pensiones y del cobro de las prestaciones causadas quedarán condicionados” a la formalización del correspondiente contrato de seguro, plan de pensiones o de ambos a la vez.

¹¹⁰⁶ Para TAPIA HERMIDA, los citados fondos han supuesto, tanto en nuestro país como en el extranjero, “un grave riesgo que asumen los trabajadores frente a compromisos infracapitalizados y frente a situaciones de crisis económicas de las empresas” (“Seguro colectivo...”, *op. cit.*, p. 315).

30/1995. De este modo, “desde 1995, se aseguraba la autonomía patrimonial de los fondos y se garantizaba el derecho de los trabajadores, a través de su instrumentalización mediante planes y fondos de pensiones y contratos de seguro, excluyendo la figura de los fondos de internos como posible modalidad de gestión de las mejoras directas de prestaciones”¹¹⁰⁷.

Por otro lado, respecto al régimen de compromisos por pensiones ya asumidos y no materializados a través de planes de pensiones o seguros colectivos de vida, la Ley 30/1995 concedía un plazo –no superior a tres años desde la entrada en vigor de la misma¹¹⁰⁸- para que las empresas procedieran a adaptar sus compromisos a las previsiones contenidas en la disp. adic. 1ª de la Ley 8/1987 (disp. trans. 14ª, aptdo. 1º). Asimismo, tanto para los fondos internos a los que se exigía la transformación obligatoria como para cualquier otra institución de previsión del personal que decidiera transformarse, disolverse o liquidarse y dar lugar a la integración en un plan de pensiones y recursos inicialmente vinculados a dicha institución se establecía un régimen transitorio de acomodación (disp. trans. 15ª).

En definitiva, la Ley 30/1995 trataba de combatir con dos tipos de medidas la vulnerabilidad antes apuntada de los sistemas complementarios de pensiones instrumentados a través de fondos internos: por un lado, se prohibía el mantenimiento de esta fórmula financiera de gestión de los compromisos ya asumidos por las empresas, con la excepción que se verá, y, por otro, a partir de su entrada en vigor impedía con la citada fórmula la instrumentación de nuevos compromisos por pensiones que se adoptaran. Una doble propuesta que nacía con el firme propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. En dicho precepto se indicaba que los Estados miembros debían asegurarse de que se adoptaran las medidas necesarias para 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 en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁷ SJS Madrid 2 noviembre 2001 (*AS* 2001, 330).

¹¹⁰⁸ La disposición final 3ª de la Ley 30/1995 establecía que la Ley entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Ahora bien, las disposiciones transitorias 14ª, 15ª y 16ª lo harían seis meses más tarde.

¹¹⁰⁹ La Exposición de Motivos de la Ley 30/1995 indicaba expresamente que se incorporaba en su articulado un precepto –la nueva redacción a la disp. adic. 1ª Ley 8/1987- con el objeto de transponer así a nuestro ordenamiento el artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE y proteger, de esta forma, los intereses de

La finalidad de la Directiva 80/987/CEE no era otra que reducir las diferencias entre los Estados miembros en cuanto al alcance de la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, pero distinguía dos ámbitos de protección, el relativo a los derechos salariales (arts. 3, 4 y 5) y el de las cotizaciones correspondientes a regímenes obligatorios o complementarios de Seguridad Social (arts. 6, 7 y 8). Con respecto a los primeros, la norma comunitaria establecía que los Estados miembros eran libres de fijar las modalidades de la organización, de la financiación y del funcionamiento de las instituciones de garantía de los mismos, pero debían observar unos principios mínimos contenidos en el art 5. Ello contrastaba enormemente con lo dispuesto para el caso de los regímenes complementarios (y también de Seguridad Social), ya que respecto de éstos la Directiva 80/987 autorizaba a los Estados miembros a prever la no aplicación de la institución de garantía prevista para los créditos salariales (art. 6) y, además, tal y como se ha podido comprobar, no se concretaba el tipo de medidas a adoptar por los Estados para proteger los intereses de los trabajadores – el art. 8 hablaba genéricamente de “medidas necesarias”-. Ante esta situación se empezaron a suceder las dudas interpretativas en relación a los diferentes instrumentos garantizadores de los intereses de los trabajadores en materia de previsión social voluntaria ante las situaciones de insolvencia empresarial¹¹¹⁰, ya que la Directiva 80/987/CEE no aclaraba en modo alguno las obligaciones que debían asumir los Estados miembros en relación al establecimiento de garantías concretas de protección de los intereses de los trabajadores en punto a las prestaciones de los regímenes complementarios. Así, la transposición de la norma comunitaria era posible por diferentes vías, esto es, desde la creación de instituciones públicas creadas al efecto con objeto de responder subsidiariamente de los compromisos por pensiones hasta la intervención legislativa estatal en orden a imponer a los sistemas complementarios gestionados con fondos internos la obligación de aseguramiento o reaseguramiento obligatorio¹¹¹¹. Finalmente, como se ha

los trabajadores frente a las posibles insolvencias del empresario en orden al cumplimiento de los compromisos por pensiones asumidos por éste.

¹¹¹⁰ Se presentaba el problema de dilucidar si con la norma comunitaria se estaba pretendiendo que las instituciones de garantía de los créditos salariales y de los regímenes complementarios de base profesional iban a ser nominativamente diferentes e, incluso, que el instrumento que se creara para estos últimos pudiera tener características divergentes al primero (LUQUE PARRA, M.: “La insolvencia de los Planes y Fondos de Pensiones: Adaptación de la normativa interna a la Directiva 80/987/CEE, tras la promulgación de la Ley 30/1995”, en VV.AA.: *Los planes de pensiones en el sistema...*, op. cit., p. 428).

¹¹¹¹ GONZALO GONZÁLEZ, B.: “La Seguridad Social y la Directiva 80/987/CEE, 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Noticias/CEE*, núm. 36, 1986, p. 85 y MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 188. El Dictamen del Consejo de Estado núm. 2145/94, de 22 de diciembre 1994 apuntaba, entre otras soluciones, el reforzamiento del carácter privilegiado de los créditos de los trabajadores.

indicado, se optó por la prohibición de los fondos internos como forma de instrumentación de los compromisos empresariales por pensiones.

Independientemente de lo que con posterioridad se dirá con respecto a la exteriorización obligatoria como medida de protección de los intereses de los trabajadores, lo cierto es que nuestro legislador vino a considerar que con la separación patrimonial de los recursos que la empresa dedicaba a los fines de previsión y con la limitación de los mecanismos de instrumentación a plan de pensiones y/o contrato de seguro se daba cumplimiento a lo dispuesto por el art. 8 de la Directiva 80/987. Y ello pese que a la eliminación de los fondos internos de previsión social que la Ley 30/1995 pretendía no era tal, dado que se mantenían aquéllos que dispusiesen las entidades de crédito, entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores para aquellos compromisos que, a la entrada en vigor de la Ley 30/1995, tuvieran asumidos con sus trabajadores. Así, la disp. trans. 14ª Ley 30/1995 venía a fijar un régimen excepcional y único para este tipo de entidades, las cuáles podían solicitar que se les eximiera de la obligación de externalizar y, por tanto, mantuvieran la cobertura de sus compromisos mediante fondos internos. El régimen aplicable no alcanzaba a los compromisos futuros en materia de pensiones e, incluso, el mantenimiento de los fondos internos anteriores a la Ley 30/1995 debían cumplir con una serie de condiciones, entre ellas, el que estuvieran dotados con criterios no menos rigurosos que los aplicables a los planes de pensiones.

Dejando para un momento posterior la valoración que merece este régimen excepcional, lo cierto es que la Ley 30/1995 necesitaba de un desarrollo reglamentario ya que eran continuas las remisiones que se hacían a la futura normativa. Esto era especialmente significativo en el caso de las condiciones que habían de cumplir los planes de pensiones resultantes de las transformaciones amparadas en el régimen transitorio previsto en la propia norma al objeto de adaptarse a la Ley 8/1987 (disp. trans. 15ª, aptdo. 3º). En definitiva, se hacía necesario completar reglamentariamente el régimen de instrumentación externa de los compromisos por pensiones a asumir por las empresas con sus trabajadores y beneficiarios como el relativo a los compromisos ya asumidos y objeto de acomodación a lo previsto por la Ley 8/1987.

1.3. La situación normativa actual: la disp. adic. 1ª del TRLFPF y el RICP

Como se ha dicho con anterioridad, tras la aprobación de la Ley 30/1995 únicamente quedaba desarrollar reglamentariamente la misma al objeto de concretar el régimen de instrumentación externa de los compromisos empresariales por pensiones, lo que se produjo con bastante retraso —exactamente cuatro años— con la promulgación del RICP. El

Reglamento daba respuesta a los requerimientos de desarrollo exigidos por la disp. adic. 11ª Ley 30/1995 y sus disps. trans. 14ª y 15ª e incorporaba las modificaciones introducidas por las Leyes 66/1997 y 50/1998, ambas de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como la Ley 40/1998, de 8 de diciembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Al mismo tiempo, el RICP reiteraba la finalidad a la que atendía la Ley 30/1995 a través de la prohibición de los fondos internos de previsión social, que no era otra que dar cumplido mandamiento a lo dispuesto en el art. 8 de la Directiva 80/987/CEE. En este sentido, el Real Decreto completaba la transposición realizada por la Ley 30/1995 (Exposición de Motivos). Pero, además, el nuevo reglamento de instrumentación de los compromisos por pensiones incorporaba en su articulado las previsiones de la Directiva 98/49/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa a la protección de los derechos a pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, de modo que siendo la finalidad de la norma comunitaria la de proteger los derechos de los afiliados a regímenes complementarios de previsión que se desplacen de un Estado miembro a otro, el RICP posibilitaba, aunque de forma muy tímida como se verá, el que independientemente de donde un trabajador preste sus servicios, si la empresa de procedencia mantenía compromisos complementarios, ésta pudiera continuar haciendo aportaciones si el trabajador cumplía las condiciones precisas.

El desarrollo reglamentario al que respondía el RICP se formulaba con carácter permanente en relación al régimen de instrumentación instaurado, lo que debía relacionarse con la intención de establecer una nueva regulación jurídica de la previsión voluntaria en el ámbito profesional, dado que a partir de ese momento se imponía de forma inexcusable la exteriorización de los compromisos por pensiones que se asuman por las empresas a través de algunos de los mecanismos previstos –planes de pensiones y/o contra de seguro-. Cuestión distinta era el régimen de adaptación o acomodación de los compromisos asumidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1995, respecto del cuál consideraba el RICP que se mantendría, como referencia normativa, “como mínimo en los próximos diez años, siendo extensible incluso hasta quince años o más, en determinados supuestos excepcionales” (Exposición de motivos).

Por otra parte, el RICP atendía a un doble objetivo, al igual que la Ley 30/1995: por un lado, trataba de proteger los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios en caso de insolvencia o de dificultades financieras para la empresa y, por otro, con la exteriorización de los compromisos fuera del balance de las empresas se pretendía conseguir que éstas liberaran recursos y se concentraran en su actividad típica lo que, se podía traducir, en una mayor competitividad

nacional e internacional. Además de la importancia que el proceso de exteriorización podía tener en el ámbito de la previsión social empresarial y de suponer un menor coste para las empresas a la hora de atender y financiar sus compromisos, se consideraba también que este proceso iba a tener una incidencia notable en la capitalización de la economía, potenciando el ahorro a largo plazo y dotando una mayor amplitud y profundidad a los mercados financieros y de capitales lo que, en último término, debía permitir reducir los costes financieros de las inversiones empresariales¹¹¹².

Con independencia del tratamiento pormenorizado que se hará con posterioridad del RICP, había que destacar de éste dos aspectos fundamentales. En primer lugar, la propia Exposición de Motivos del reglamento proclamaba la naturaleza funcional o instrumental de los planes de pensiones y de los seguros que instrumenten los compromisos por pensiones. Con este reconocimiento, y con las continuas referencias normativas que se hacía a la autonomía colectiva, se ponía de manifiesto el interés del legislador por profundizar en la conexión entre la fuente de definición de derechos en esta materia y el instrumento de desarrollo de esos derechos, el plan de pensiones y/o contrato de seguro¹¹¹³. Para el RICP las diferentes características de ambos instrumentos permitían considerar la naturaleza de los compromisos por pensiones en los términos que fueron negociados entre la empresa y los trabajadores. En segundo lugar, el RICP mantenía la vigencia del régimen excepcional previsto por la Ley 30/1995 para las entidades del sector financiero -entidades de crédito, entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores-, repitiendo los mismos argumentos que sirvieron con anterioridad para justificar su pervivencia, a saber, el que estas entidades actúan en sectores regulados y sometidos a la supervisión de un órgano de control, lo cual redundaba en la garantía de solvencia perseguida con la norma, y el hecho de que son entidades especialistas y concentran su actividad típica, precisamente, en la administración y gestión de fondos y, en su caso, en la valoración y cobertura de riesgos.

Este régimen jurídico de instrumentación y, en su caso, de exteriorización de los compromisos empresariales por pensiones desarrollado por el RICP se mantiene en vigor en la actualidad tras la aprobación del TRLPFP, el cuál, además, mantiene intacta, salvo ligeros

¹¹¹² Se consideraba que el impacto de la exteriorización en los mercados financieros y, más en concreto, en el mercado de valores iba a ser notable, puesto que las grandes masas de recursos exteriorizados se iban a dirigir, en su mayor parte, hacia este último; en el que (...) tanto los fondos de pensiones como las entidades aseguradoras tenían la consideración de inversores institucionales [art. 7.1.a) del Real Decreto 291/1992] [TAPIA HERMIDA, A.: “La segunda prórroga (hasta el 16 de noviembre de 2002) del plazo para exteriorizar los compromisos empresariales por pensiones”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 81, 2001, p. 207].

¹¹¹³ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 566.

retoques, la disp. adic. 1ª de la Ley 8/1987 conforme a la redacción dada por la disp. adic. 11ª, aptdo. 19º Ley 30/1995. Por tanto, la situación normativa actual en relación a la exteriorización obligatoria de los compromisos por pensiones, configurada por un nivel de protección legal contenido en la disp. adic. 1ª TRLPFP y en las disps. trans. 1ª, 2ª, 4ª, 5ª y 6ª, presenta una continuidad con respecto a las modificaciones normativas introducidas por la Ley 30/1995 y su desarrollo reglamentario.

2. Aspectos generales del régimen obligatorio de instrumentación externa de los compromisos empresariales por pensiones

Antes de proceder al estudio del papel que el ordenamiento legal otorga a los planes de pensiones del sistema de empleo como mecanismos de instrumentación de los derechos complementarios de previsión en el ámbito empresarial resulta necesario abordar los aspectos que con carácter general establecen tanto la disp. adic. 1ª TRLPFP como el RICP sobre la obligación de instrumentar y, en su caso, adaptar los compromisos por pensiones de las empresas. De estos elementos comunes a las dos únicas vías por las cuáles se puede dar cumplimiento a la citada obligación –plan de pensiones y contrato de seguro- se ocupa pormenorizadamente el Capítulo I del RICP. En él se desarrolla el ámbito subjetivo y objetivo del régimen de instrumentación previsto genéricamente en la disp. adic. 1ª TRLPFP y también en sus disposiciones transitorias. El resto de capítulos están destinados a los diferentes instrumentos y a las entidades exceptuadas.

Por tanto, se procederá, en primer lugar, a delimitar la extensión de la obligación empresarial de instrumentación y, en su caso, de acomodación de los compromisos empresariales por pensiones, analizando, en un primer momento, el significado que cabe atribuir a la expresión “compromisos por pensiones”; pasando luego a determinar los sujetos obligados, para, finalmente, proceder al estudio de las implicaciones que tiene el plazo para efectuar la exteriorización de los compromisos por pensiones.

2.1. El significado de la expresión “compromisos por pensiones”

Consciente el legislador de que la denominación de “compromisos por pensiones” no tiene referente alguno en el ámbito de la protección social, ni incluso en el de la previsión social complementaria, ha optado por ofrecer una definición de la misma a los efectos del cumplimiento del deber de instrumentación o, en su caso, exteriorización. El propio encabezamiento del precepto –“a estos efectos”- dedicado a dotar de contenido a aquel concepto resulta significativo de la finalidad pretendida por el legislador, que no es otra que delimitar el perfil de una expresión no coincidente –por lo demás- con las utilizadas en otras normas jurídicas próximas por su

contenido material¹¹¹⁴. Y así, la disp. adic. 1ª, párrafo 2º señala que “se entenderán por compromisos por pensiones los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el apartado 6 del artículo 8”, teniendo en cuenta, además, que “tales pensiones podrán revestir las formas establecidas en el apartado 5 del artículo 8 y comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos, cualquiera que sea su denominación”. Como se puede comprobar, la concreción que se realiza de la citada expresión exige acudir a lo dispuesto en otros preceptos del propio texto legal –art. 8.5 y 6 TRLPFP–, pero además, tal y como veremos a continuación, resulta obligado asimismo recurrir al RICP, dado que éste asume la función de completar esta definición o, incluso, de aclarar algunos aspectos ciertamente controvertidos. Precisamente, del análisis conjunto de las normas y preceptos citados podemos fijar, con cierto rigor, el significado legal de la expresión objeto de estudio. Ello exigirá el acercamiento a cinco grandes cuestiones: en primer lugar, al tipo de pacto o fuente formal que resulta idóneo para asumir los citados compromisos, ya que, entre otras razones, la disp. adic. 1ª TRLPFP no precisa en ningún momento la naturaleza del instrumento capaz de generar los mismos; en segundo lugar, al objeto del compromiso, es decir, si cabe incluir tanto aportaciones como prestaciones; en tercer lugar, habrá que acudir al art. 8.6 TRLPFP para precisar el tipo de contingencias que pueden ser objeto de cobertura por los citados compromisos y, por tanto, que resulten susceptibles de instrumentación y, en su caso, exteriorización; finalmente, habrá que preguntarse sobre la forma de las prestaciones que se devenguen.

Con respecto al primer elemento de análisis, es decir, el relativo a la fuente de definición de los derechos de previsión complementaria, hay que hacer referencia, en primer lugar, a las dificultades interpretativas que presenta la disp. adic. 1ª, párrafo 2º TRLPFP al plantear la exigencia de que los compromisos que deberán instrumentarse o ser objeto de exteriorización serán “los derivados de obligaciones legales y contractuales...”. La referencia al tipo de obligación que nace como consecuencia de la asunción de los compromisos resta relevancia en este caso a lo fundamental, que es la determinación de cuáles, de entre los posibles mecanismos que pueden generar el compromiso, resultan aptos a los efectos pretendidos. De hecho, la alusión a “obligaciones legales” plantea un contrasentido de partida puesto que uno de los rasgos caracterizadores de los sistemas de previsión social complementaria, como es la voluntariedad, se compagina mal con el hecho de que el compromiso por pensiones pudiera tener su origen en la ley¹¹¹⁵. En este sentido, parece

¹¹¹⁴ VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, op. cit., p. 50.

¹¹¹⁵ Así, se ha podido decir con razón que la terminología utilizada guarda una relación directa con la normativa reguladora del Plan General de Contabilidad, donde la provisión para pensiones y obligaciones

lógico solventar esta cuestión con la posibilidad de identificar la expresión “legales” con el carácter normativo y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, que son, a la postre, donde habitualmente tienen su origen los compromisos¹¹¹⁶. Esta era, por lo demás, la interpretación que se dio con anterioridad a la aprobación del RICP al equiparar los compromisos de origen legal con los nacidos de un convenio colectivo estatutario¹¹¹⁷. En todo caso, la nula referencia a la negociación colectiva como fuente formal de creación de los derechos de previsión social voluntaria en el ámbito empresarial exigía de una corrección, que no tardó en llegar con el desarrollo reglamentario correspondiente¹¹¹⁸.

En concreto, el art. 7 RICP va tratar de dar un contenido más preciso a lo dispuesto en la disp. adic. 1ª, párrafo 2º TRLPFP al añadir, a continuación de la referencia a las obligaciones legales o contractuales de la empresa con su personal, las “recogidas en convenio colectivo o disposición equivalente”, salvando, de esta forma, la imprecisión terminológica apuntada con anterioridad al vincular el carácter legal de las obligaciones con el reconocimiento expreso de la negociación colectiva como fuente de definición de derechos. En todo caso, la referencia genérica que se hace a las disposiciones equivalentes a un convenio, aunque sin ser una novedad en la normativa de los planes y fondos de pensiones¹¹¹⁹, va a ser objeto de desarrollo por el párrafo 3º del art. 7 RICP, considerándose, como fuentes de implantación de compromisos por pensiones equiparables al convenio, los siguientes: primero, “los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal”; segundo, “otros acuerdos o decisiones, cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones”; y, tercero, “las actas de constitución, estatutos o reglamentos de mutualidades de previsión del personal, fundaciones laborales y cualquier otra fórmula o institución de previsión del personal, siempre que en los documentos

similares aparece definida como aquellos “fondos destinados a cubrir las obligaciones legales o contractuales referentes al personal de la empresa con motivo de su jubilación o por otras atenciones de carácter social (viudedad, orfandad, etc.) y es regulada junto con otras provisiones para riesgos y gastos de carácter necesario, tales como impuestos, responsabilidades y grandes reparaciones”. *Vid.* sobre esta cuestión ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.: “Los instrumentos para la previsión...”, en VV. AA.: *Pensiones sociales...*, *op. cit.*, p. 256.

¹¹¹⁶ ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.: “Los instrumentos para la previsión...”, en VV. AA.: *Pensiones sociales...*, *op. cit.*, p. 256; AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, p. 51 y VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, p. 52.

¹¹¹⁷ GARCÍA BECEDAS, G.: “La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. (Análisis de la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1997, p. 263.

¹¹¹⁸ De hecho, en el apartado 15º del Voto particular que formulan los consejeros del Grupo Tercero al Dictamen del CES núm. 9/1994 de 23 de noviembre 1994, ya se exigió un cambio normativo al Anteproyecto de Ley sobre Supervisión de los Seguros Privados en el sentido de sustituir obligaciones legales por los derivados de la Negociación Colectiva (*Dictámenes 1994*, Comité Económico y Social, 1995, p. 157).

¹¹¹⁹ Hay alusiones a las disposiciones equivalentes a un convenio en las disposiciones transitorias 1ª LPFP (Ley 7/1987); 1ª y 2ª RPPF (RD 1307/1988) y en el art. 4 de la Orden de 27 de julio de 1989.

enumerados las empresas asuman compromisos por pensiones”. Como se ve, la norma reglamentaria abarcaría una amplia gama de acuerdos de diverso ámbito que pueden afectar a la totalidad o parte del personal, afectando incluso a aquéllos en los que la empresa tuviera la facultad de suspender unilateralmente el compromiso, y en tanto no ejercite tal prerrogativa (art. 7.2 RICP).

Antes de analizar los instrumentos que pueden ser asimilables a los convenios colectivos a los efectos de la instrumentación o, en su caso, exteriorización de los compromisos por pensiones, conviene dejar sentado que la alusión a éstos debe entenderse referida a los de carácter estatutario (art. 82.3 ET), ya que ese parece ser el sentido que hay que darle a la distinción realizada por el art. 7 RICP, pues de otro modo no tendría apenas relevancia la mención puntual que tiene lugar a los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal¹¹²⁰. De algún modo, el texto reglamentario estaría señalando cuatro ámbitos distintos de actuación de los instrumentos potencialmente aptos para generar compromisos empresariales por pensiones. En primer lugar, encontraríamos a la negociación colectiva de carácter estatutaria donde, a su vez, se podrían apuntar, al menos, varios tipos de instrumentos que pueden incorporar compromisos por pensiones, desde aquel en el que el acuerdo de previsión social es una parte más de un convenio de contenido material más amplio, en cualesquiera de sus niveles (de sector, empresarial, etc.), hasta aquel en el que el sistema de previsión es el objetivo central o exclusivo de un acuerdo colectivo de regulación de esta materia concreta (y, en consecuencia, de carácter monográfico o cuasi monográfico)¹¹²¹. En segundo lugar, la alusión a los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal que realiza el art. 7.1, párrafo 3º RICP apuntaría a una instrumentación jurídica colectiva diversa al margen de las normas y reglas de procedimiento del Título III del ET, de modo que, entre otros, estarían comprendidos en este apartado los pactos colectivos extraestatutarios, y un variado conjunto de acuerdos de carácter colectivo: de empresa, acuerdos de paz, de solución de controversias colectivas, laudos arbitrales, etc. En tercer lugar, y fuera ya del campo de actuación de la negociación colectiva en general, con la alusión “a otros acuerdos o decisiones, cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones” se estaría apuntando a

¹¹²⁰ Salvo, como indica MONEREO PÉREZ y VAL TENA, “que los acuerdos se negocien directamente con los trabajadores, al margen del cauce de la representación institucionalizada en la empresa” [“Comentario a la Disposición Adicional Primera del TRLRFP” en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido...*, op. cit., p. 674].

¹¹²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 94. En idéntico sentido, ROMERO BURILLO, A. M.ª: “La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada o libre”, en VV. AA.: *Pensiones sociales...*, op. cit., p. 294; VV. AA.: *La previsión social complementaria en España. La empresa ante la exteriorización de los compromisos por pensiones*, Madrid, Edit-In, 2001, p. 103 y VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, op. cit., p. 52.

un ámbito concreto de generación de los citados compromisos, cuál es el que surge como manifestación de la voluntad del empresario¹¹²² y se materializaría de dos maneras: la primera, por medio del acuerdo puntual entre el empresario y uno o varios trabajadores incorporado al contrato de trabajo [art. 3.1. c) ET]; y, la segunda, por concesión unilateral del empresario. En un caso como en otro, los compromisos por pensiones asumidos por la empresa devienen en una obligación de naturaleza contractual, ya que se incorpora al contrato como condición más beneficiosa¹¹²³, consolidándose, en este sentido, un derecho adquirido para los trabajadores que imposibilita una eventual modificación unilateral por el empresario¹¹²⁴ y le obliga, en consecuencia, a la instrumentación o, en su caso, a la exteriorización. En último lugar, el art. 7.1, párrafo 3º RICP considera a las actas, estatutos o reglamentos de una serie de instituciones (mutualidades de previsión social, fundaciones y cualesquiera otras que tengan fines de previsión) como fuentes formales de creación de compromisos por pensiones. Poco hay que decir con respecto a la posibilidad de que los citados compromisos puedan instrumentarse a través de un contrato de seguro concertado con una Mutualidad de previsión social (art. 26.3 RICP), a lo que nos hemos referido con anterioridad, lo que ocurre es que la alusión a los documentos de constitución y normas de ordenación de estas entidades parece confundir la fuente de implantación u origen de los compromisos, el convenio colectivo o disposición equivalente, con el instrumento de gestión, ya el plan de pensiones o el contrato de seguro¹¹²⁵. Cuestión distinta son las Fundaciones Laborales ya que su normativa reguladora, en concreto la Orden Ministerial 25 enero 1962¹¹²⁶ admite la posibilidad de que los compromisos puedan recogerse en las actas de constitución, estatutos o reglamento de esta institución y, por tanto, actuar como fuentes de implantación de derechos de previsión complementaria¹¹²⁷.

Otro de los aspectos a destacar, en el análisis que estamos haciendo de los “compromisos por pensiones” susceptibles de quedar encuadrados en la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización, es el relativo

¹¹²² AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, op. cit., p. 52; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 571 y VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, op. cit., p. 53.

¹¹²³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, op. cit., p. 52.

¹¹²⁴ *Vid.*, en este sentido, SSTS 27 mayo y 30 diciembre 1998 (RJ 1998, 4933) y (RJ 1999, 454).

¹¹²⁵ Como indica acertadamente AGUILERA IZQUIERDO, “si el compromiso por pensiones aparece en los Estatutos de la Mutualidad es porque el mismo habrá sido previamente adquirido por el empresario con sus trabajadores y se ha optado por ese instrumento de gestión...” (*Pensiones privadas: obligaciones...*, op. cit., p. 53). Reténgase que para que una mutualidad actúe como instrumento de previsión social empresarial se exige expresamente que las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre las empresas y sus empleados (art. 64.1, párrafo 2º TRLOSSP) (*Ibidem*, p. 53)

¹¹²⁶ BOE 13 febrero 1962.

¹¹²⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, op. cit., p. 54.

al objeto de los citados compromisos. De nuevo hay que acudir al RICP para precisar este aspecto, dado que la disp. adic. 1ª TRLPFP no hace una mención expresa del mismo. Aunque aparentemente no debía plantearse ninguna duda acerca de esta cuestión, el párrafo 1º del art. 7.1 RICP viene a especificar que los compromisos objeto de la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización vendrán referidos tanto a la realización de aportaciones como al otorgamiento de prestaciones. Con ello se deja claro que cualquier pago económico ligado a las contingencias contempladas en el art. 8.6 LPFP (Ley 8/1987) y luego del TRLPFP va a ser considerado compromiso por pensiones, dando cobertura a las dos fases de desarrollo de los planes, la de acumulación y la de consumo¹¹²⁸.

Por otra parte, la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización en el ámbito empresarial está necesariamente vinculada a un tipo de contingencias determinadas legalmente, en concreto, a las enumeradas en el art. 8.6 TRLPFP: la jubilación, la incapacidad permanente total para la profesión habitual, para todo tipo de trabajo o gran invalidez, la muerte del partícipe o beneficiario, y la dependencia severa o gran dependencia. Ello significa que únicamente la asunción del compromiso que tenga por objeto la cobertura de estas situaciones de necesidad quedará comprendida en la obligación de instrumentación a través de un plan de pensiones y/o contrato de seguro, de modo que el resto de prestaciones que se puedan pactar entre las empresas con sus trabajadores no van a tener la consideración de compromisos por pensiones¹¹²⁹, entre otras, las referidas a contingencias tradicionalmente protegidas por el sistema público de Seguridad Social –incapacidad temporal, maternidad y asignaciones familiares¹¹³⁰, así como la incapacidad permanente parcial o las lesiones permanentes no invalidantes¹¹³¹–, como las que se constituyan al margen de dicho sistema. Por tanto, una vez ha quedado claro que los compromisos por pensiones deben venir referidos a las contingencias descritas en el art. 8.6 TRLPFP para que entre en juego la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización, únicamente cabe remitir al tratamiento que de las mismas se realiza de forma pormenorizada en otro lugar. Ahora bien, dicho esto resulta obligado analizar aquí, siquiera brevemente, la solución dada por el último párrafo del artículo 8.6 TRLPFP a los compromisos por prejubilación. En concreto, la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 24/2001 establece un régimen de instrumentación de carácter voluntario para los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con aquéllas y pasen a situación legal de desempleo a consecuencia

¹¹²⁸ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 567.

¹¹²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición...”, *op. cit.*, p. 674.

¹¹³⁰ ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.: “Los instrumentos para la previsión...”, *op. cit.*, p. 255.

¹¹³¹ YANINI BAEZA, J.: “Algunas consideraciones sobre los compromisos...”, *op. cit.*, p. 457.

de expediente de regulación de empleo, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación. Con esta decisión, el legislador ha querido zanjar la cuestión de si los compromisos por prejubilación pactados por las empresas con sus trabajadores entran de lleno en la obligación de exteriorización, negando tal posibilidad, acogiéndose, de esta forma, la propuesta realizada en su momento por la Dirección General de Seguros¹¹³² en la que se consideraba que el pago de rentas temporales a prejubilados cuyo cese de la relación laboral no suponga la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada por el régimen de la Seguridad Social no debía considerarse como compromiso por pensiones. De ahí que queden excluidas las prestaciones a cargo de la empresa reguladas en normas específicas, como serían los complementos a las prestaciones y a las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, ayudas previas a la jubilación ordinaria que deba cofinanciar la empresa y las cotizaciones a cargo de ésta, que se prevén en la Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión de empresas¹¹³³, y sus normas de desarrollo, y en la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1944, sobre ayudas previas a la jubilación ordinaria¹¹³⁴, pero también los supuestos que se deriven de ceses voluntarios, despidos individuales calificados como improcedentes y los programas voluntarios de prejubilaciones ofrecidos por la empresa a sus trabajadores¹¹³⁵.

Cabe hacer mención, en último lugar, a la forma o formas que pueden revestir las prestaciones que se destinen a la cobertura de los compromisos por pensiones. En este punto, el RICP vuelve a reenviarnos al TRLRPF para precisar esta cuestión, siendo el art. 8.5 el encargado de concretar como pueden ser las mismas, a saber, en forma de capital, consistente en una percepción de pago único; en forma de renta, esto es, la percepción de dos o más pagos sucesivos con periodicidad regular, incluyendo al menos un pago en cada anualidad [art. 10.1.b) RPF]; o, mixtas, que combinen rentas de cualquier tipo con un único cobro en forma de capital. En todo caso, el art. 7 RICP se ocupa de especificar un poco más la naturaleza de las prestaciones que se constituyen para dar cobertura a los compromisos pactados. Y así, en primer lugar, únicamente considerará sometidos a la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización a aquellos compromisos de las empresas con sus trabajadores o beneficiarios que sean dinerarios y, por tanto, también sus prestaciones, de modo que los premios a la jubilación consistentes en la entrega de objetos conmemorativos, tales como relojes, insignias, o los compromisos de entrega de productos en especie tales como carbón, electricidad, etc., no son objeto de

¹¹³² Cfr. Resolución de la Dirección General de Seguros de 27 de abril de 2000.

¹¹³³ BOE 28 julio 1984.

¹¹³⁴ BOE 22 octubre 1994.

¹¹³⁵ Resolución de la Dirección General de Seguros de 27 de abril de 2000. Un análisis de esta cuestión en VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, op. cit., pp.160-164.

exteriorización¹¹³⁶ (art. 7.3 RICP); en segundo lugar, será indiferente que la adquisición o mantenimiento de los derechos derivados del compromiso se condicione al cumplimiento de determinados requisitos (edad, años de servicio mínimos, jubilarse en la empresa, jubilación voluntaria, etc.) ya que ello no exime del cumplimiento de lo dispuesto en la disp. adic. 1ª TRLPFP, en tanto hubiese expectativas de alcanzar los requisitos exigidos y de que, eventualmente, deban hacerse efectivas las prestaciones en el futuro¹¹³⁷ (art. 7.1, párrafo 2º RICP); y, en tercer lugar, no resultará determinante a los efectos de su consideración como tales compromisos la denominación que se otorgue a las prestaciones económicas (disp. adic. 1ª, párrafo 2º TRLPFP y art. 7.1, párrafo 1º RICP). Precisamente, este último aspecto, el de la referencia a cualquier tipo o modalidad de prestación, según su carácter temporal o permanente –pensión, subsidio, asignación, complemento, indemnización u ayuda económica– nos obliga reflexionar sobre la idoneidad del concepto legal de los compromisos por pensiones sujetos a la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización, especialmente en un aspecto especialmente problemático, a saber, el de los premios de jubilación.

A) Valoración jurídico-crítica sobre el significado y alcance de la expresión “compromisos por pensiones”: los premios de jubilación.

Como se ha podido comprobar, el concepto legal de los compromisos por pensiones es lo suficientemente amplio como para incluir en el mismo todo tipo de prestaciones vinculadas a determinadas contingencias –jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia– sin que tenga relevancia su denominación o los requisitos para adquirir el derecho a las mismas, incluyendo, por tanto, desde mejoras de carácter periódico y vitalicio hasta simples entregas de una cantidad a tanto alzado independientemente de la cuantía económica de la misma¹¹³⁸. La finalidad de la norma es clara: posibilitar que las múltiples y diversas denominaciones con las que se definen los compromisos por pensiones no justifiquen su exclusión del régimen general de instrumentación y, en su caso, exteriorización obligatoria. Desde luego, se ha buscado intencionadamente ofrecer una

¹¹³⁶ VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, op. cit., p.165.

¹¹³⁷ En atención a ello, cabe decir que serán las partes las que deberán optar por alguno de los diferentes instrumentos aptos para la efectividad de los compromisos por pensiones según su mejor capacidad para dar respuesta al régimen de adquisición de derechos previsto en el convenio o disposición equivalente, ya se haya configurado como expectativa de adquirir en el futuro el derecho a la prestación, o de que se prevea la atribución a los trabajadores de los derechos derivados de las contribuciones de forma irrevocable en caso de cese de la relación laboral previo al acaecimiento de las contingencias.

¹¹³⁸ ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.: “Los instrumentos para la previsión...”, en VV. AA.: *Pensiones sociales...*, op. cit., p. 255.

definición de la expresión “compromisos por pensiones” que favorezca una aplicación generalizada de las normas sobre instrumentación externa¹¹³⁹.

Sin embargo, el planteamiento adoptado consistente en ampliar el ámbito objetivo de la obligación de exteriorizar los compromisos por pensiones¹¹⁴⁰ ha chocado frontalmente con determinadas posturas contrarias a que tal ampliación se produjera en función de los efectos perniciosos que se podían derivar de la definición expuesta. En primer lugar, es la propia doctrina la que pone de manifiesto un aspecto nada desdeñable, en concreto, el inconveniente de que vengan obligadas a establecer un plan de pensiones o un contrato de seguro las empresas que sólo mantengan como compromisos con sus trabajadores el pago de una cantidad a tanto alzado al momento de la jubilación, que puede oscilar en la práctica entre una y cinco mensualidades¹¹⁴¹. En la práctica se puede producir la desaparición de determinadas fórmulas de mejora voluntaria, tales como los premios por jubilación o las indemnizaciones a tanto alzado de otras contingencias, dado su carácter simbólico¹¹⁴². En atención a ello, se propone limitar la obligación de exteriorización a las empresas en las que por el volumen de los compromisos adquiridos la situación de insolvencia pueda llegar a producirse y, en cualquier caso, a las empresas que hayan establecido compromisos de carácter vitalicio¹¹⁴³.

Como se ve, las dudas respecto a la idoneidad o no del concepto legal de los compromisos por pensiones se plantean en relación a los efectos que tal definición puede llegar a tener, sobre todo en punto a la extensión de la obligación de externalizar todo tipo de compromisos por pensiones sin valorar otras condiciones o parámetros, como el número de compromisos adquiridos o la cuantía de las prestaciones asumidas¹¹⁴⁴. Esta cuestión ha cobrado mayor relevancia si cabe a raíz de la polémica suscitada con respecto a las obligaciones asumidas por las empresas o establecidas en convenio colectivo de ámbito supraempresarial, vinculadas a la permanencia del trabajador en la empresa o sector hasta la jubilación, que, bajo la denominación “premios de jubilación” u otras, consisten en una prestación pagadera por una sola vez en el momento del cese por jubilación. La repercusión económica que para las empresas supondría la

¹¹³⁹ En palabras de YANINI BAEZA, “su alcance es general, afecta a todas las fórmulas de previsión complementaria que se puedan concretar en forma de pensiones propiamente dichas, rentas periódicas, o en forma de entrega de cantidades a tanto alzado o indemnizaciones, y también en tanto unas u otras se devenguen por la actualización de las contingencias más graves” (“Algunas consideraciones sobre los compromisos por pensiones...”, *op. cit.*, p. 457).

¹¹⁴⁰ VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, p. 62.

¹¹⁴¹ ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.: “Los instrumentos para la previsión...”, *op. cit.*, p. 255.

¹¹⁴² REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: “Protección social...”, *op. cit.*, p. 270.

¹¹⁴³ ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.: “Los instrumentos para la previsión...”, *op. cit.*, p. 255. En idéntico sentido, GALLEGO LOSADA, R.: “El futuro de la exteriorización de las pensiones privadas”, *Actualidad Financiera*, núm. 12, 2000, pp. 6-7 y AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹¹⁴⁴ VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, p. 62.

transformación de los citados compromisos, en la mayoría de los casos de escasa cuantía, es el argumento utilizado, junto con otros, para defender su exclusión de las normas de instrumentación externa. Precisamente, las reticencias de las organizaciones empresariales a proceder a su exteriorización, la prórroga del plazo establecido para llevar a cabo la misma y la propuesta planteada por un grupo político a favor de su eliminación del ámbito objetivo de la exteriorización, finalmente rechazada, nos obliga a realizar una valoración más profunda de lo acertado o no del concepto legal de compromisos por pensiones, así como adoptar una posición al respecto.

Por lo pronto, y en la medida en que la discusión acerca del carácter expansivo de la definición de compromisos por pensiones se ha centrado sobre la fórmula de los premios de jubilación, resulta conveniente hacer, en primer lugar, una delimitación previa de los mismos. Y así, lo primero que habría que decir es que bajo esa denominación abierta se suelen distinguir una variedad de supuestos¹¹⁴⁵ que, a nuestro juicio, pueden reconducirse a estos dos: premios por jubilación anticipada y ayudas a la jubilación. Los primeros, tendrían la finalidad de incentivar a los trabajadores para que voluntariamente anticipen la situación de jubilación y se basan en el reconocimiento de una cantidad de dinero, diferente en función de la edad en la cual el trabajador opte por jubilarse, de tal manera que a menor edad, mayor será la indemnización. Los segundos, también denominados premios de fidelidad, harían referencia a aquellas prestaciones económicas abonadas por la empresa al trabajador, normalmente una cantidad a tanto alzado, al acceder a la jubilación por cumplir la edad ordinaria y en compensación por los servicios prestados. En todo caso, cabe señalar dos características comunes a ambos tipos de premios o ayudas: por un lado, que ambas son medidas autónomas o independientes de la protección pública, cuya finalidad no es la de completar la prestación pública de base sino la de suplementar con medidas prestacionales distintas a las dispensadas por el sistema público¹¹⁴⁶ y, por otro lado, que la concesión de la ayuda o el incentivo está vinculada a la jubilación, reconociéndosele al trabajador, que cumpla con ciertos requisitos, el derecho a recibir una cantidad económica adicional en el momento de su jubilación, anticipada u ordinaria.

Configurados, de esta forma, los premios de jubilación, cabe plantearse entonces su consideración como compromisos por pensiones. El

¹¹⁴⁵ Un análisis de los mismos en VALDÉS de la VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 65-89 y REGA RODRÍGUEZ, A. L.: “Las mejoras voluntarias pactadas en los convenios colectivos”, en VV.AA.: *Pensiones sociales...*, op. cit., pp. 296-309.

¹¹⁴⁶ Para un análisis de estas y otras medidas, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “El tratamiento de la relación postcontractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en VV. AA.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000 (XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación colectiva)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 91-246.

primer posicionamiento sobre esta cuestión tiene lugar con las Resoluciones de la Dirección General de Seguros (de 15 de marzo, de 25 septiembre y 18 de octubre de 2000) en las que se quiere dejar claro que los diferentes conceptos contemplados en los convenios colectivos que contemplan la obligación de la empresa de abonar determinadas prestaciones vinculadas al cese o extinción de la relación laboral que suponga o pueda suponer el acceso efectivo a la jubilación, ya sea anticipada y ordinaria, por el correspondiente régimen de la seguridad social debe considerarse compromisos por pensiones. Este criterio contrastaba abiertamente con la postura mantenida por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en una consulta evacuada por este órgano a la Dirección General de Seguros, de fecha 28 de agosto de 2000, donde se cuestionaba la consideración de los premios de jubilación como compromisos por pensiones, ya que, a su juicio, no se podía catalogar como mejoras voluntarias de la Seguridad Social dada su naturaleza indemnizatoria. Finalmente, la discrepancia de criterios queda zanjada con la aprobación por parte del citado Ministerio de la Instrucción núm. 104/2000, de 20 de octubre en la que se delimitan las competencias en materia de exteriorización de los compromisos por pensiones, correspondiendo a la Inspección de Trabajo el control del cumplimiento por parte de las empresas de la obligación de exteriorización y a la Dirección General de Seguros emitir cuantos criterios interpretativos sean necesarios para precisar qué conceptos se entienden como compromisos por pensiones¹¹⁴⁷.

Sin embargo, el criterio de la obligada exteriorización de los premios de jubilación ha sido ampliamente discutido, no sólo, como se ha visto, por parte de la doctrina, que ya puso reparos a la definición tan amplia de los compromisos por pensiones, sino también por las propias organizaciones empresariales encargadas de dar cumplimiento, junto con los sindicatos, a dicha obligación, lo que ha motivado que se establezcan prórrogas especiales, teniendo en cuenta las reticencias iniciales, para que las empresas puedan llevar a cabo el proceso de exteriorización de estos compromisos¹¹⁴⁸, la última hasta el 31 de diciembre de 2006¹¹⁴⁹. Asimismo, la presentación de una Proposición de Ley por el Grupo Parlamentario

¹¹⁴⁷ Un estudio de esta cuestión en VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, *op. cit.*, pp.160-164.

¹¹⁴⁸ El plazo para la adaptación de los compromisos por pensiones de las empresas con el personal, fijado inicialmente en la disp. adic. 1ª de la LPFP (Ley 7/1987), fue extendido hasta el 16 de noviembre de 2002 por la disp. adic. 25ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se amplió hasta el 31 de diciembre de 2004 por la disp. adic. 15ª de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (BOE 23 noviembre 2002). Con posterioridad, la Ley 4/2004, de 29 de diciembre fijó dicho plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2005.

¹¹⁴⁹ Teniendo en cuenta que el proceso de exteriorización de estos compromisos por pensiones no se estaba llevando a cabo de la forma esperada, el Real Decreto Ley 16/2005, de 30 de diciembre (BOE 31 diciembre 2005) volvió a ampliar el plazo de exteriorización de los premios de jubilación.

Catalán (Convergència i Unió)¹¹⁵⁰, rechazada finalmente el 25 de febrero de 2005¹¹⁵¹, y en la que se excluía a los citados premios del proceso de exteriorización, motivó que se reabriera en su momento el debate acerca de su naturaleza y su consideración como compromisos por pensiones.

Esta situación de disconformidad con el criterio adoptado por la Dirección General de Seguros nos obliga a relatar, siquiera brevemente, las razones que sustentan esta oposición. Así, los principales aspectos de esta controversia se pueden resumir en cuatro. El primero de ellos se centra en la consideración de que los premios de jubilación se deben diferenciar claramente de los compromisos por pensiones dado que éstos constituyen una mejora voluntaria de las prestaciones públicas, mientras que aquéllos tienen naturaleza indemnizatoria, de complemento salarial, caracterizándose por surgir de la extinción de la relación laboral y por causa de esta última. Con ellos se trataría de mantener el nivel salarial del trabajador con el abono de una indemnización en el momento de resolverse el contrato de trabajo y pasar a la situación de jubilado (en la que aún no se encuentra y que ni siquiera legalmente le corresponde sino que adquiere anticipadamente por razones estructurales y de política económica y de empleo de la empresas); se trata, en definitiva, de dejar un puesto de trabajo voluntariamente a instancias de la empresas, de ahí su carácter indemnizatorio¹¹⁵². En atención a ello, se señala que no es dable atribuir a los premios de jubilación la naturaleza de mejora voluntaria de la Seguridad Social, puesto que su finalidad no es complementar la pensión reconocida por el sistema público de protección, de ahí que no quepa considerarlos como complementos de pensiones y, por tanto, que no estén sujetos a la obligación de exteriorización¹¹⁵³.

El segundo punto de confrontación está relacionado con el anterior ya que se parte de la afirmación de que estos premios, a pesar de denominarse de jubilación, nunca tuvieron la consideración jurídica de mejoras directas de prestaciones de las que se otorgan por el sistema público obligatorio y, por tanto, en ningún momento tuvieron algo que ver con la previsión social,

¹¹⁵⁰ BOCG, Serie B, núm. 130-1, 12 noviembre 2004.

¹¹⁵¹ BOCG, Serie B, núm. 130-2, 25 febrero 2005.

¹¹⁵² Un criterio que, por lo demás, se ha mantenido por la jurisprudencia. *Cfr.* SSTSJ Madrid 27 febrero 1993 (*AS* 1993, 1028), 22 junio 1993 (*AS* 1993, 3169) y Castilla y León/Valladolid 20 abril 1993 (*AS* 1993, 2097).

¹¹⁵³ Esta era la finalidad de la Proposición de Ley relativa a la exteriorización de los premios de jubilación, ya que lo que se pretendía era clarificar la definición de compromisos por pensiones, y excluir de tal consideración y de una forma definitiva, a aquellos incentivos que tenían una naturaleza indemnizatoria y que se materializaban en una prestación económica a tanto alzado y por una sola vez, en compensación de la pérdida salarial que comportaba la resolución voluntaria y anticipada de la relación laboral o para premiar la antigüedad o fidelidad de un trabajador a la empresa. Todo ello antes de que se cumpliera el plazo establecido en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, para la exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con su personal, que finalizaba el 31 de diciembre del año 2004 (Exposición de Motivos) (BOCG, Serie B, núm. 130-1, 12 noviembre 2004).

ya que no estamos propiamente ante una pensión, ante una entrega periódica de una cantidad en forma de renta, sino ante una percepción de pago único que por su cuantía difícilmente puede ser considerada un capital generador de un medio de vida, sino que se trata simplemente de un pequeña ayuda transitoria, de un estímulo a la vinculación y a la fidelidad con la empresa, y ello con independencia de que en la mayoría de los convenios se otorgue como incentivo al trabajador para que acepte voluntariamente o anticipe su situación de jubilación¹¹⁵⁴.

El tercero de los argumentos que fundamentan este rechazo a que los premios de jubilación estén sometidos al proceso de exteriorización está relacionado con la necesidad de preservar, por razones de seguridad jurídica, los acuerdos entre las partes, fundados en el principio de “*pacta sunt servanda*”, que supone considerar los premios de jubilación, en los términos en que fueron negociados entre las empresas y los trabajadores. Se supone, en este sentido, que la finalidad de las partes a la hora de pactar estos incentivos no atendía a una voluntad expresa de mejora de la pensión sino que con ello se perseguía fundamentalmente recompensar a los trabajadores su vinculación y fidelidad a la empresa¹¹⁵⁵.

El cuarto punto de fricción hace referencia a la repercusión económica negativa que conlleva, especialmente para el colectivo de pequeñas y medianas empresas, la eventual inclusión de los premios de jubilación en el proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones¹¹⁵⁶. Se aducen, al respecto, tres tipos de efectos indeseables para la economía de las empresas: por un lado, la exteriorización, mediante la contratación de una póliza de seguro o la implantación de un plan, conllevará un gasto anual por trabajador en forma de primas o contribuciones a los fondos de pensiones para cubrir la contingencia de jubilación, provocando previsiblemente un incremento de los costes salariales y, como

¹¹⁵⁴ Se acoge aquí el criterio mantenido por la Inspección de Trabajo en su resolución de 28 de agosto de 2000. Para GARCÍA VIÑA, las diferencias entre la contingencia de jubilación o situación asimilable y estas figuras son evidentes: la finalidad de estos premios no consiste en ser una renta de sustitución, no se cumple el objetivo de la Directiva de asegurar determinadas prestaciones que son imprescindibles para la vida del trabajador, es un complemento económico vinculado al hecho causante y a las condiciones reguladas en convenio colectivo y las aportaciones son ineficaces cuando el trabajador abandona el ámbito de aplicación de un convenio colectivo que regula este tipo de premios y se incorpora a otro que no contempla esta figura (*Los planes y fondos...*, *op. cit.*, pp. 350-351).

¹¹⁵⁵ En la toma en consideración de la Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), relativa a la exteriorización de los premios de jubilación se reitera esta finalidad que se persigue con este tipo de ayudas, que no es otra que la de premiar la antigüedad del trabajador y al mismo tiempo su buen comportamiento en la empresa, su constancia en el trabajo y también su fidelidad en el momento de la jubilación. Por lo tanto, y en atención a ello, no cabe hablar de complementos de pensiones, sino de premios a la fidelidad de un trabajador de la compañía (BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 70, 22 febrero 2005).

¹¹⁵⁶ Estas motivaciones de índole económica, junto con el resto de los aspectos de naturaleza jurídica expuestos, han sido ampliamente difundidos por las organizaciones empresariales más representativas, especialmente por aquellas que tradicionalmente han negociado convenios que incluyen este tipo de premios de jubilación, como es el caso de Confemetal.

consecuencia de ello, una reducción del excedente bruto de explotación¹¹⁵⁷; por otro lado, de optarse por el contrato de seguro, la exteriorización de los premios de jubilación supone transformar un pago único a una mínima parte de la plantilla que se jubila, en una prima anual para cada trabajador a la compañía de seguros, y ello con independencia de que el trabajador acabe o no jubilándose en la empresa, lo cual supondría un incremento muy importante de los costes anuales para las empresas, cuando solo un reducido porcentaje de la plantilla se encuentra en situación potencial de percibir los premios de jubilación¹¹⁵⁸; y, por último, otro efecto negativo de la inclusión de los premios de jubilación en el proceso de exteriorización se relaciona con una más que previsible reducción del fondo de maniobra y una pérdida de capacidad financiera a raíz de la gestión de los fondos por parte de entidades externas¹¹⁵⁹.

Pese a estas objeciones planteadas en contra de que los premios de jubilación se consideren auténticos compromisos por pensiones, cabe realizar una serie de consideraciones críticas a favor del mantenimiento del criterio de su inclusión en el proceso de exteriorización. Por un lado, el hecho de que estos premios no tengan la condición de mejora voluntaria de las prestaciones públicas no puede ser un obstáculo a su sometimiento a la obligación de exteriorización. Como ya se ha dicho, estas medidas adoptadas en el seno de la negociación colectiva se han enmarcado habitualmente en el ámbito de la protección atípica o autónoma, fuera, por tanto, de las mejoras estrictamente complementarias, ya que su finalidad ha sido la de introducir prestaciones diferentes a las previstas por el sistema público de protección. Por tanto, hay que estar de acuerdo con la opinión de que estos premios o ayudas a la jubilación son independientes de la protección pública y obligatoria¹¹⁶⁰. Ahora bien, este aspecto no resulta trascendental a los efectos del RICP, ya que el ámbito de aplicación de esta norma afecta a todos aquellos compromisos u obligaciones que asuman las

¹¹⁵⁷ Este efecto, tal y como se establecía en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley relativa a la exteriorización de los premios de jubilación, puede ser mucho mayor sobre las PYMES, al tener estas una mayor proporción de costes salariales en la estructura de su valor añadido (BOCG, Serie B, núm. 130-1, 12 noviembre 2004).

¹¹⁵⁸ *Vid.* Confemetal, Boletín de Coyuntura Económica y Laboral, núm. 72, 2002.

¹¹⁵⁹ En contra de la aplicación de las normas de instrumentación externa a los premios de jubilación, se hace valer el argumento de que hasta la fecha estas ayudas o indemnizaciones, y pese su larga existencia temporal, nunca han registrado problemas, ni dificultades en su satisfactorio cumplimiento por la empresa, existiendo además para hipotéticos supuestos de insolvencia empresarial en el momento de la percepción del premio, la garantía de crédito preferencial que nuestra legislación otorga a los salarios, y que les sería de aplicación a estos premios. *Vid.* Confemetal, Boletín de Coyuntura Económica y Laboral, núm. 72, 2002.

¹¹⁶⁰ Los caracteres de las mejoras directas no concurren en los premios de jubilación. En el caso de las ayudas, por cuanto no tienen la misma estructura ni su finalidad consiste en ser complemento de las rentas de sustitución, y en relación a las cantidades abonadas para incentivar las jubilaciones anticipadas porque tienen un objetivo diferente al previsto para la pensión de la Seguridad Social. En este caso se trata de compensar la pérdida ocasionada por anticipar la jubilación, y de esta forma incentivarla (VALDÉS de la VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad de jubilación...*, *op. cit.*, pp. 86-87).

empresas con su personal, siempre que estén vinculados a las contingencias previstas en la norma, y ello con independencia de que los mismos se constituyan con la finalidad de completar las prestaciones públicas o de situarse al margen de las mismas.

Por otro lado, tampoco resulta determinante su configuración como compensación o indemnización por los servicios prestados, ya que en lo que se refiere a su denominación (premio, paga, subsidio...) ésta resulta indiferente a los efectos de la exteriorización y, en todo caso, la prestación de pago único (capital) se contempla entre las formas de las prestaciones de un plan de pensiones *ex art. 8.5 TRLPFP*. Por lo que respecta al hecho de que el otorgamiento de estos premios esté influenciado por las necesidades y objetivos de la política de personal (fidelización de empleados, rejuvenecimiento de plantillas, etc.) cabe decir que lo relevante en estos casos es que la prestación viene referida a la jubilación del empleado, de modo que el interés en la resolución de la relación laboral está vinculado en la práctica a la posibilidad de acceso inmediato a la jubilación en el régimen correspondiente de Seguridad Social, con independencia de otras consideraciones y de los requisitos específicos que las partes hayan podido establecer (un mínimo de antigüedad, cese voluntario a la edad convenida, etc.). Por tanto, en el establecimiento de este tipo de prestaciones, normalmente de pago único, por cese de la relación laboral se tiene en cuenta en todo momento la contingencia de jubilación, como suceso futuro probable para los trabajadores que tengan expectativas de acceder a la jubilación por la Seguridad Social a partir de determinadas edades. Por ello, esa conexión¹¹⁶¹ con la citada contingencia prevista en el artículo 8.6 TRLPFP, determina la sujeción al régimen de su disp. adic. 1ª. Ahora bien, cuestión distinta es que se acceda efectivamente a la jubilación en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable al trabajador, ya que hay que tener en cuenta que con carácter general el acceso a esta contingencia es voluntario, de modo que reuniendo la edad y requisitos de acceso será posible seguir ejerciendo la misma u otras actividades. De hecho, en los incentivos a la jubilación anticipada la negociación colectiva no impone como requisito la efectiva solicitud ante los órganos correspondientes de la Seguridad Social, de la pensión de jubilación¹¹⁶². Por ello, deberá ser el plan de pensiones o el contrato de seguro correspondiente que instrumente

¹¹⁶¹ Cabe compartir el criterio mantenido por la DGSFP en sus Resoluciones de 21 de febrero de 2001 y 16 de julio de 2004 en las que se considera que tal vinculación a la contingencia de jubilación no tiene porque ser nominal, sino que basta que sea tácita o potencial, “en la medida que ciertas condiciones de adquisición del derecho a una prestación, como sería el cese voluntario a determinadas edades de posible acceso a la jubilación, ya sea anticipada u ordinaria, por el correspondiente régimen de la Seguridad Social, podrían ser indicativas de que las partes negociadoras habrían tenido en cuenta la expectativa de acceder a la jubilación a la edad o edades señaladas, de forma que el interés en la rescisión de la relación laboral podría estar vinculado en la práctica a la posibilidad de acceso inmediato a la jubilación en el régimen correspondiente de Seguridad Social”.

¹¹⁶² VALDÉS de la VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad de jubilación...*, *op. cit.*, p. 87.

los compromisos por pensiones los que deberán tener en cuenta tal circunstancia, determinando si en la situación descrita se produce esta contingencia generadora de la prestación del plan o del seguro, o si por el contrario no se produce, subsistiendo no obstante una obligación de la empresa por cese del trabajador, cuya materialización quedaría fuera del ámbito del plan o del contrato de seguro que instrumenta los compromisos por pensiones de aquella¹¹⁶³.

Finalmente, cabe referirse a los argumentos de índole económica que se utilizan para justificar la imposibilidad de proceder a la exteriorización de los premios de jubilación y, en concreto, los relativos a que ello suponga un incremento de costes para las empresas y una reducción de su capacidad financiera. Con respecto a lo primero, hay que decir que este supuesto aumento de los gastos empresariales, especialmente los salariales, no tiene porque producirse de haberse provisionado adecuadamente estos compromisos conforme a los requerimientos del plan contable, de modo que quiénes hayan cumplido con esta obligación no deben tener ningún problema, ya que las dotaciones contables que hayan realizado a estos efectos son las que ahora tienen que exteriorizar, sin necesidad de esfuerzos adicionales. Por tanto, instrumentar estos compromisos a través de un plan de pensiones o contrato de seguro no supone un coste mayor que el derivado del propio compromiso a través del pago directo del empresario. Por otro lado, razones de organización y de gestión de los recursos dispuestos para estos fines, como por ejemplo el hecho de que las empresas hayan realizado las dotaciones estrictamente necesarias en función del número de trabajadores que potencialmente se consideraba podían percibir estos premios de jubilación, no pueden servir como justificación para rechazar su obligada exteriorización, ya que con la misma lo que se pretende es precisamente que no se llegue a frustrar su disfrute como consecuencia de las vicisitudes económicas por las que en el momento de la jubilación pudieran atravesar las empresas que hayan asumido este tipo de compromisos. Asimismo, en lo que respecta a la pérdida de la capacidad financiera que la exteriorización ocasionaría a las empresas, poco hay que decir dado que este es el mismo razonamiento utilizado en su momento para rechazar la prohibición de los fondos internos impuesta por la Ley 30/1995 al reformar la Ley 8/1987.

En todo caso, más allá de las discusiones en torno a la naturaleza jurídica de los premios de jubilación y su consideración como compromisos por pensiones, de la que a nuestro juicio no cabe dudar, una de las cuestiones más interesantes respecto de los mismos es que a través de ellos se podía generalizar la previsión social complementaria en la

¹¹⁶³ Se siguen aquí, de nuevo, los razonamientos empleados por la DGSFP en sus Resoluciones de 21 de febrero de 2001 y 16 de julio de 2004

empresa, debido fundamentalmente a que se hayan muy extendidos en la negociación colectiva sectorial. Por tanto, aún cuando no constituyen una alternativa real de previsión social complementaria por la escasa cuantía de los mismos, sí se considera que pueden ser una vía de entrada para generar el instrumento de exteriorización más apropiado, especialmente el plan de pensiones de promoción conjunta¹¹⁶⁴. En realidad, esa ha sido la pretensión de la disp. adic. 15ª de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre al ampliar hasta el 31 de diciembre de 2004 el plazo de exteriorización de los premios de jubilación, ya que se invita expresamente a los interlocutores sociales a que en el ámbito empresarial insten la creación de uno o varios planes de pensiones de promoción conjunta para la integración de los premios de jubilación. En definitiva, con la obligada exteriorización de los denominados como premios de jubilación se podía favorecer el desarrollo de los planes de pensiones de carácter sectorial.

Sin embargo, y aún cuando ha habido una nueva ampliación del plazo para la exteriorización de los citados compromisos, lo cierto es que el balance de este proceso ha sido un rotundo fracaso debido fundamentalmente a la resistencia de las organizaciones empresariales a cumplir con la obligación legal. De hecho, como se verá, hay que estar de acuerdo con la opinión de que las ampliaciones de los plazos para efectuar la exteriorización correspondiente han servido más bien para que las empresas puedan negociar la desaparición de esos derechos, sin la presión de haber incumplido la obligación de exteriorizar en el ámbito temporal legalmente determinado¹¹⁶⁵. Por tanto, la exteriorización sigue siendo insuficiente o nula en la negociación colectiva sectorial y siguen existiendo fuertes reticencias a considerar los premios de jubilación como compromisos por pensiones. Incluso, la opción de implantar los planes de promoción conjunta está presentando numerosas dificultades por la oposición empresarial a los mismos y su preferencia por la suscripción de forma unilateral de contratos de seguros¹¹⁶⁶. Así, un análisis general de los convenios colectivos sectoriales muestra como lo predominante sigue siendo el mantenimiento de los premios de jubilación en su configuración actual, sin referencia ninguna a la obligación legal de exteriorización¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁴ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, p. 130. Así lo han entendido los sindicatos, ya que en el caso de CC.OO. se considera que la importancia de exteriorizar los premios de jubilación no está relacionada con los montantes económicos individualizados de los mismos, sino con el hecho de que “pueden ser utilizados como palancas útiles para generar planes de pensiones de promoción conjunta en la negociación colectiva sectorial, enriqueciendo los contenidos negociales de la misma y extendiendo al conjunto de los trabajadores asalariados los instrumentos de previsión social complementaria” (*Balance de la negociación de convenios colectivos. Año 2003*, Madrid, 2004, p. 50).

¹¹⁶⁵ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁶⁶ *Vid.* CC.OO.: *Cuadernos de Información Sindical. Balance Negociación colectiva 2004*, CC.OO., Madrid, núm. 62, 2005, p. 72.

¹¹⁶⁷ *Cfr.* artículo 59 del *III Convenio Colectivo Nacional del Sector de Regulación del Estacionamiento Limitado de Vehículos en la Vía Pública* (BOE 4 noviembre 2004); artículo 40 del *Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio 2003-2005* (BOE 19 julio 2004); artículo 33 del *Convenio Colectivo*

En otros, se establece el compromiso de su exteriorización en el futuro¹¹⁶⁸, o bien se deja en manos de los empresarios la opción de utilizar los instrumentos previstos en la disp. adic. 1ª TRLFPF¹¹⁶⁹. Y en muy pocos se impone el cumplimiento del proceso de exteriorización¹¹⁷⁰. En todo caso, lo realmente preocupante es la solución adoptada por algunos convenios consistente en suprimir definitivamente los premios de jubilación por otro tipo de condiciones laborales o salariales¹¹⁷¹, eliminando, de esta forma, su condición de compromisos por pensiones¹¹⁷². Esta venta de derechos a

estatal para las empresas y trabajadores del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 1 abril 2005); artículo 30 del *Convenio Colectivo laboral, de ámbito estatal, para el sector de agencias de viaje 2004-2006* (BOE 5 mayo 2005); art. 19.3 del *Convenio Colectivo de ámbito nacional de Distribuidores Cinematográficos y sus Trabajadores* (BOE 10 febrero 2003); artículo 7 bis del *Convenio Colectivo de ámbito estatal para el sector de Sastrería, Modistería, Camisería y demás actividades afines a la medida* (BOE 18 julio 1999); entre otros. Un análisis de este aspecto en el ámbito de la enseñanza privada en VV.AA.: *La negociación colectiva en el sector de la enseñanza privada*, Comisión Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 328-339.

¹¹⁶⁸ Así, el último párrafo del artículo 19 del *Convenio Colectivo del Sector de Harinas, Panificables y Sémolas* (BOE 23 septiembre 2004) señala que “la Comisión Paritaria se reunirá cuantas veces se acuerde, para aportar soluciones posibles ante la expiración el 31 de diciembre de 2004, del plazo para que las empresas externalicen los beneficios sociales que disfrutaban los trabajadores del sector...”. En términos parecidos, el artículo 32 del *III Convenio Colectivo Estatal del Sector de Desinfección, Desinsectación y Desratización* (BOE 17 noviembre 2003). Por su importancia merece llamar la atención de la Disp. Trans. 1ª del *III Acuerdo Laboral, de ámbito estatal, del sector de Hostelería* (BOE 5 mayo 2005) en el que las partes firmantes del mismo se comprometen a “impulsar la negociación de la sustitución de las cláusulas de los llamados premios de jubilación en aquellos convenios colectivos sectoriales de hostelería, a través de las partes legitimadas en los correspondientes ámbitos territoriales de negociación colectiva. Igualmente adquieren el compromiso de impulsar la negociación en los ámbitos inferiores correspondientes para adecuar o sustituir los actuales pactos que se hubieren acordado en relación con los premios de jubilación, siempre y cuando la Administración Pública estime que son exteriorizables”. Para ello, “las partes legitimadas en los ámbitos territoriales citados negociarán al vencimiento del convenio en vigor, o durante la vigencia del mismo si está va más allá del 31 de diciembre de 2005”, debiendo alcanzar un “acuerdo en el trimestre siguiente al término de la vigencia del convenio en cuestión, y en todo caso antes del 31 de diciembre de 2005”.

¹¹⁶⁹ Cfr. artículo 65 del *Convenio Colectivo Estatal para 2004, de las empresas de mediación en seguros privados* (BOE 17 enero 2005); artículo 58 del *Convenio Colectivo general de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo* (BOE 19 noviembre 2004); artículo 19.1 del *Convenio Colectivo Estatal de Pastas, Papel y Cartón para los años 2004, 2005 y 2006* (BOE 10 noviembre 2004).

¹¹⁷⁰ Cfr. artículo 17 del *XIX convenio colectivo de Autoescuelas* (BOE 1 diciembre 2004) y artículo 66 del *Convenio Colectivo estatal de Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla Cocida* (BOE 12 agosto 2003).

¹¹⁷¹ De ello dio buena cuenta el CES en su Memoria de 2002 poniendo de manifiesto la sustitución de “los premios de jubilación, por premios de vinculación a la empresa por la permanencia del trabajador durante una serie de años, tratando de evitar con ello, la externalización de aquellos premios de jubilación al tratarse de salario diferido” (*Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral, 2002*, Comité Económico y Social, 2003, p. 409). Una crítica a esta forma de eludir el cumplimiento de la obligación legal de exteriorización que recae sobre los premios de jubilación en MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la Constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 189-190.

¹¹⁷² Cfr. artículo 35 del *Convenio Colectivo para la Industria Textil y de la Confección* (BOE 31 agosto 2005). Expresamente el artículo 12 del *Convenio Colectivo de Trabajo para “Manipulación y Envasado de Agrios”* (BORM 20 diciembre 2003) indica que el llamado premio de jubilación desaparece sustituyéndose por el establecimiento del Plus de Asistencia que ahora se reconoce a los trabajadores, aún manteniéndose “como condición “ad personam” y exclusivamente para los trabajadores que durante la vigencia del Convenio se jubilen a los 65 años, el derecho a percibir la diferencia entre la cantidad que perciban desde el 1 de enero de 2003 a la fecha de la jubilación, por el concepto de Plus de Asistencia, y

cambio de recompensas económicas, que en ningún caso representan el valor del compromiso, puede conllevar que se cercenen en el futuro las posibilidades de instaurar un sistema de previsión social ligado a la contingencia de jubilación y de carácter complementario o no de las prestaciones públicas.

Esta situación, ciertamente desalentadora, no invita al optimismo ahora que de nuevo se ha producido una ampliación del plazo de adaptación de los referidos compromisos hasta el 31 de diciembre de 2006, conforme a lo previsto por el RD Ley 16/2005. En todo caso, cabe pensar que el sometimiento de dicha obligación a ciertas condiciones técnicas especiales; como que la financiación del coste del compromiso devengado a la fecha de formalización del contrato de seguro o del plan de pensiones pueda instrumentarse mediante primas o aportaciones periódicas hasta la primera edad de posible acceso a la jubilación del asegurado o partícipe y que en el cálculo de las primas o aportaciones puedan aplicarse hipótesis de permanencia en plantilla basadas en la experiencia de sectores de actividad, revisables periódicamente y contrastables con el comportamiento¹¹⁷³, supone atender las tesis empresariales a favor de una flexibilización del requisito de exteriorización de los premios. Ello debería potenciar su reconducción hacia las fórmulas de obligada instrumentación de los mismos previstos en la disp. adic. 1ª TRLFPF.

2.2. Ámbito subjetivo del régimen de instrumentación y, en su caso, exteriorización de los compromisos por pensiones

Una vez analizado el alcance y significado de la expresión “compromisos por pensiones” como objeto de la obligación legal de instrumentación o, en su caso, exteriorización a través de un plan de pensiones o contrato de seguro, momento es de proceder al estudio de los sujetos sometidos a dicha obligación, lo que implica referirnos a las empresas que quedan afectadas por el proceso de exteriorización, como al personal de aquéllas, destinatarios de las medidas de protección dispuestas en los compromisos pactados. El estudio de esta cuestión, por tanto, nos exige distinguir a la parte deudora de la obligación de instrumentar y, en su caso, exteriorizar —el empresario—, de aquella otra —los trabajadores— beneficiaria de las prestaciones comprometidas. Un criterio de diferenciación que es el que adopta el propio RICP refiriéndose, en primer lugar, a las empresas (art. 5) para, posteriormente, analizar el personal afectado por el proceso de instrumentación de los compromisos por

la cantidad que hubieran percibido de 60 días de salario base más antigüedad, por el citado Premio de Jubilación, hoy derogado.

¹¹⁷³ A tal efecto la ORDEN EHA/3433/2006, de 2 de noviembre (BOE 9 noviembre 2006), se ocupa del desarrollo de las condiciones técnicas especiales mencionadas y que son objeto de regulación en el artículo segundo del Real Decreto-ley 16/2005, de 30 de diciembre.

pensiones (art. 6). Y en este sentido, como se comprobará, hay un fuerte contraste entre la delimitación objetiva del régimen de instrumentación, que como se ha visto se caracteriza por su carácter expansivo, y la dimensión subjetiva del mismo, dado que se posibilita que algunas empresas potencialmente idóneas para instrumentar y, en su caso, exteriorizar compromisos por pensiones queden exceptuadas de la obligación legal.

A) Las empresas sometidas a la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización: el régimen excepcional de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y de las sociedades y agencias de valores

Un primer acercamiento a las entidades afectadas por el proceso de exteriorización lo ofrece el párrafo 3º de la disp. adic. 1ª TRLFPF que señala que tendrán “la consideración de empresas no sólo las personas físicas y jurídicas sino también las comunidades de bienes y demás entidades que, aún carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir con sus trabajadores los compromisos descritos”. Lo primero que llama la atención de esta definición es su proximidad a lo dispuesto por el art. 1.2 ET, no sólo por la utilización casi idéntica de los mismos términos, sino especialmente porque en ambas normas se destaca la irrelevancia jurídica de la forma que asuma el empresario, así como de otros aspectos – la existencia de ánimo de lucro, la naturaleza de la titularidad del negocio, su carácter público o privado-¹¹⁷⁴. Por ello, y a los efectos del régimen de instrumentación, lo verdaderamente determinante para atribuir al sujeto la calificación de empresa es la capacidad de asumir con sus trabajadores compromisos por pensiones¹¹⁷⁵.

En todo caso, la generalidad de la que hace gala la disp. adic. 1ª, párrafo 3º TRLFPF, al aludir a personas físicas –empresarios individuales y profesionales- o jurídicas –sociedades mercantiles, asociaciones, fundaciones, etc.- y a las comunidades de bienes y demás entidades sin personalidad jurídica, se ve contrarrestada por lo dispuesto en el art. 5 RICP, al precisar o, en algunos casos, limitar el tipo de empresas sometidas a la obligación de exteriorización. Y así, con respecto a las personas jurídicas no se le concede importancia alguna a su naturaleza, pero sí se les impone como condición el “que tengan nacionalidad española, domicilio en territorio nacional o cuyo principal establecimiento o explotación radique en el mismo” (art. 5.1). Por su parte, se reitera la inclusión de las personas físicas en el concepto de empresa, “en cuanto asuman con sus trabajadores

¹¹⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al artículo 1.2...”, *op. cit.*, p. 28. Ampliamente, sobre el concepto de empresa, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: *La noción de empresa en el derecho del trabajo: estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibidem, 1999.

¹¹⁷⁵ VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, p. 64.

compromisos por pensiones, entendiéndose por tales los que se definen en el artículo 7º del RICP (art. 5.1). Por supuesto, se consideran igualmente como empresas a “las comunidades de bienes y demás entidades que, aun carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir con sus trabajadores compromisos por pensiones”, pero a continuación se añade que ostentarán la misma condición, “con idénticos requisitos, las entidades extranjeras con agencias, sucursales y establecimientos en territorio nacional” (art. 5.1). Por último, el RICP limita el ámbito subjetivo de afectación de la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización de los compromisos por pensiones del sector público “a las entidades públicas empresariales y a las sociedades mercantiles en cuyo capital participen, directa o indirectamente, las Administraciones Públicas o entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas” (art. 5.2).

Sin lugar a dudas, el desarrollo reglamentario de la disp. adic. 1ª ha permitido concretar un poco más su contenido en exceso demasiado amplio, pero al mismo tiempo no ha evitado que se susciten algunos interrogantes. Así, cabe plantearse, en primer lugar, el significado concreto que hay que atribuir al criterio de la nacionalidad impuesto por vía reglamentaria. En segundo término, nos debemos preguntar por la incidencia que eventualmente puede tener la ausencia de una referencia expresa a los grupos de empresa, siendo estas entidades potencialmente promotoras de planes de pensiones del sistema de empleo en su modalidad conjunta. Por último, con la alusión específica a las empresas del sector público surge la duda en relación a si las Administraciones Públicas quedan fuera entonces del proceso de exteriorización.

Con respecto a la primera cuestión, la referencia a la nacionalidad de las entidades promotoras, el art. 5.1 RICP ha querido distinguir a aquellas personas jurídicas donde resulta patente su conexión con la legislación de nuestro país por poseer la nacionalidad española o domicilio en territorio nacional o porque su establecimiento o explotación principal se encuentre radicado en el mismo, de aquellas otras entidades extranjeras cuya vinculación con nuestro ordenamiento jurídico sea más débil por poseer únicamente agencias, sucursales y establecimientos en territorio nacional¹¹⁷⁶. En ambos supuestos será necesario que cumplan el requisito de tener la capacidad de asumir compromisos por pensiones con su personal. En todo caso, y en coherencia con lo dispuesto en el art. 6.1 RICP, lo más apropiado hubiera sido no efectuar diferenciación alguna en función de la nacionalidad dado que lo realmente importante a los efectos de que las empresas queden sometidas a la obligación de exteriorización es que la legislación española resulte aplicable a los sujetos vinculados por el

¹¹⁷⁶ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 575.

contrato de trabajo y entre los que se establecen compromisos por pensiones¹¹⁷⁷.

El segundo aspecto a tratar es el relativo a la falta de una mención específica a los grupos de empresas en el art. 5.1 RICP. Sobre esta cuestión se podría interpretar que la intención del reglamento es no hacer responsable al grupo de la obligación de externalizar los compromisos por pensiones en atención a su falta de personalidad jurídica, trasladando dicha responsabilidad a cada una de las empresas que forman parte del mismo¹¹⁷⁸. Sin embargo, como se ha señalado, tanto la disp. adic. 1ª TRLPFP como el art. 5.1 RICP consideran empresas “a las comunidades de bienes y demás entidades que aún carentes de personalidad jurídica sean susceptibles de asumir con sus trabajadores compromisos por pensiones”, lo que permite incluir también a los grupos de empresas¹¹⁷⁹ como manifestación empresarial singular carente de personalidad jurídica. Reténgase, además, que el grupo puede instar la creación de un plan de pensiones de empleo en su modalidad conjunta [art. 4.1.a), párrafo 4º TRLPFP], por lo que el reconocimiento de esta opción facultativa debería conllevar la consiguiente atribución de responsabilidad al grupo en el cumplimiento de la obligación de exteriorizar los compromisos por pensiones asumidos o que se lleguen a asumir.

Por otra parte, más problemática resulta la cuestión de si las Administraciones Públicas están obligadas a dar cumplimiento a la exigencia de la exteriorización de los compromisos por pensiones que hubieran asumido o que vayan a asumir con sus empleados. La polémica se deriva fundamentalmente del hecho de que el art. 5.2 RICP únicamente considera empresas a los efectos de la instrumentación externa a determinadas entidades pertenecientes al ámbito del sector público, en concreto a las entidades públicas empresariales y a las sociedades mercantiles en cuyo capital participen, directa o indirectamente, las Administraciones Públicas o entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas, previsión que contrasta abiertamente con el

¹¹⁷⁷ Así lo han entendido MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, *op. cit.*, p. 679 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 575. Para este último “la referencia singular a entidades cuya actividad en España no es la principal parece prever los problemas que una materia como la previsión social voluntaria pudiera suscitar para las empresas transnacionales”.

¹¹⁷⁸ Como se ha apuntado, esto resultaría “inadecuado por cuanto dichas empresas dependen económica y financieramente del grupo, por lo que sus responsabilidades económicas “formales” se hallan muy por debajo de las posibilidades “reales” que las mismas tienen de garantizar estos compromisos por pensiones” (LÓPEZ CUMBRE, L.: “Concentración empresarial y compromisos por pensiones...”, *op. cit.*, p. 41).

¹¹⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 168. Son de la misma opinión, VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, p. 65; AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, p. 56; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 575 y LÓPEZ CUMBRE, L.: “Concentración empresarial y compromisos por pensiones...”, *op. cit.*, p. 41.

concepto amplísimo de empresa contenido en la disp. adic. 1ª, párrafo 3º TRLPFP, que hay que recordar incluye a las personas físicas y jurídicas, comunidades de bienes e, incluso, otras entidades carentes de personalidad jurídica. Por tanto, la exclusión que el reglamento realiza de las Administraciones Públicas¹¹⁸⁰, al mencionar únicamente a una parte del sector público, se compadece mal con el tratamiento abierto y general que realiza el texto legal del ámbito subjetivo de afectación de la obligación legal de exteriorización, por cuanto del tenor literal de la disp. adic. 1ª, párrafo 3º no cabe inferir restricción alguna a que las Administraciones Públicas puedan quedar sometidas forzosamente a las normas de instrumentación externa. Es más, su no consideración de empresas a los efectos de la obligación de exteriorización, prevista por el RICP, choca asimismo con la capacidad de aquéllas para actuar como entidad promotora de planes de pensiones del sistema de empleo y realizar aportaciones a los mismos, así como de contratos de seguros colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial (disp. final 2ª TRLPFP).

Esta problemática relación entre lo dispuesto por el TRLPFP y el RICP fue objeto de controversia en su momento al hacerse patentes las discrepancias entre el Consejo Económico y Social, por un lado, y la Dirección General de Seguros y el Consejo de Estado, por otro. Para el primero, limitar el concepto de empresa a través de un Real Decreto era una clara extralimitación reglamentaria, ya que había que entender incluidas a las Administraciones Públicas en el concepto de empresa que la disp. adic. 1ª LFPF (Ley 7/1987) ofrecía a los efectos de la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización, además de que aquéllas podían promover y realizar aportaciones a planes y fondos de pensiones, por lo que se deducía su capacidad para asumir y financiar compromisos por pensiones. Por otro lado, consideraba el CES que excluir a las Administraciones Públicas, a través de un Real Decreto, de la obligación de exteriorizar sus compromisos por pensiones, además de suponer una extralimitación reglamentaria implicaría establecer un nuevo supuesto de excepción a la obligación general de exteriorizar¹¹⁸¹. Lo cierto es que

¹¹⁸⁰ Quedarían fuera, por tanto, de la obligación legal de exteriorización: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas mencionadas [art. 2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27 noviembre 1992)].

¹¹⁸¹ Dictamen del Consejo Económico y Social núm. 7/1999, de 6 de mayo sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios y se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones (*Dictámenes 1999*, Comité Económico y Social, 2000, p. 95). Cabe añadir a esta crítica la manifestada por el sindicato CCOO que consideraba poco apropiado que la Administración se diera así misma “la posibilidad de eludir la ley y, además, sin ningún control, ni autorización ni límite temporal” (CC. OO.: *La exteriorización de los compromisos...*, *op. cit.*, p. 28).

finalmente se rechazaron estas observaciones formuladas con anterioridad a la aprobación del RICP, para dar cabida a los argumentos de la Dirección General de Seguros y el Consejo de Estado que sí estaban a favor de la exclusión de las Administraciones públicas de la obligación de exteriorizar sus compromisos por pensiones. El primero postulaba esta solución en base a los siguientes razonamientos: por un lado, consideraba que en ningún momento el texto de la Directiva 80/987/CE imponía al Derecho nacional una definición de empresario, por lo que, a su juicio, la exclusión de las Administraciones Públicas de la obligación legal de exteriorización no contravenía lo dispuesto por la norma comunitaria; por otro lado, el control presupuestario al que están sometidas las Administraciones Públicas justificaba la decisión adoptada, ya que es en cada presupuesto cuando se autoriza explícitamente la posibilidad de financiar con cargo a recursos públicos los compromisos por pensiones que entran en el concepto de masa salarial que determina las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado; por último, se señalaba que no sería coherente obligar a exteriorizar a la Administración y exceptuar a los sectores supervisados por ésta, en referencia a las entidades no sometidas a la obligación de exteriorizar sus compromisos por pensiones –entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores- que se hallan bajo su supervisión y control. Por su parte, el Consejo de Estado compartía el criterio de la Dirección General de Seguros y reafirmaba la no existencia de una extralimitación reglamentaria en base a dos consideraciones: la primera, por cuanto ni de la interpretación literal del párrafo 3º de la disp. adic. 1ª LPFP (Ley 7/1987) había que entender –a estos efectos- que las Administraciones Públicas tuvieran la consideración de empresas, ni tampoco desde una interpretación finalista se podría deducir esta conclusión, ya que el objetivo de la Directiva a cuya transposición responde la mencionada disp. adic. 1ª consiste en la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, pero centrándose en el ámbito mercantil privado, que es donde se dan los casos de insolvencia de una empresa y su posible suspensión de pagos y quiebra; la segunda, por que en virtud de esta remisión del Derecho comunitario, el legislador español parecía optar por una definición del concepto de empresario en la disp. adic. 1ª LPFP “que no parece extenderse a la Administraciones Públicas. De hecho, el propio concepto de empresa es extraño al ámbito de la Administración (donde no es fácil aplicar, por ejemplo, los conceptos de insolvencia o quiebra de la empresa), salvo en relación con las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles públicas, dos tipos de

entes a los que cuadra más fácilmente el concepto mercantil de empresa, en la medida en que actúa sujetos al Derecho privado”¹¹⁸².

Pese a la importancia de los argumentos esgrimidos en la defensa de la exclusión de las Administraciones públicas de la obligación legal de exteriorización, no podemos estar de acuerdo con los mismos en base a las siguientes consideraciones críticas. En primer lugar, hay que insistir, como ya se ha dicho con anterioridad, en la incompatibilidad manifiesta entre la amplitud del concepto de empresa de la disp. adic. 1ª TRLPFP a los efectos de la instrumentación y, en su caso, exteriorización de los compromisos por pensiones y la exclusión de la misma de las Administraciones Públicas. Como ya se dijo, lo relevante en la consideración de las empresas sometidas a la obligación legal de exteriorización es la capacidad de asumir con sus trabajadores compromisos por pensiones, por lo que resulta indiferente la naturaleza jurídica, pública o privada, a la hora de atribuir esa capacidad. Por ello, no se entiende que reconociéndose legalmente tal posibilidad a las Administraciones Públicas, en la medida en que pueden promover alguno de los instrumentos válidos para gestionar esos compromisos por pensiones asumidos –disp. final 2ª TRLPFP–, se les excluya del deber de instrumentación externa. En segundo lugar, cabe hacer notar que de haber querido el legislador dejar fuera de la obligación legal de exteriorización a las Administraciones Públicas lo debía de haber previsto expresamente, como así ha hecho en la disp. trans. 4ª, aptdo. 2º TRLPFP para el caso de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores. Al contrario, se incorpora una nueva exclusión, en este caso absoluta, por cuanto no sólo abarca a los compromisos ya asumidos con anterioridad a 10 de mayo de 1996, en cuanto régimen excepcional previsto para las entidades mencionadas, sino también los que en el futuro puedan asumir las Administraciones Públicas¹¹⁸³. Por todo ello, y en coherencia con un sistema de instrumentación obligatoria que tiene la finalidad manifiesta de posibilitar una afectación generalizada de sus normas a toda aquella organización capaz de asumir compromisos por pensiones, no resulta lógica la pervivencia de esta situación de clara extralimitación reglamentaria. Por tanto, más que dar cobertura legal a la disposición reglamentaria en este punto, modificando el tenor de la disp. adic. 1ª TRLPFP y, simultáneamente, la disp. trans. 4ª de la misma Ley¹¹⁸⁴, lo más apropiado

¹¹⁸² Dictamen 2235/1999, 23 septiembre, del Consejo de Estado relativo al proyecto de Real Decreto por que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios y se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones (*Recopilación de Doctrina Legal 1999*, BOE, 2000, pp. 1596-1597).

¹¹⁸³ MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, *op. cit.*, p. 680.

¹¹⁸⁴ Propuesta planteada por VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, p. 70.

sería eliminar la restricción impuesta por el art. 5.2 RICP a las Administraciones públicas, considerándolas incluidas en el concepto de empresa a los efectos del cumplimiento de la obligación de exteriorización.

Al margen de estas objeciones, lo cierto es que en la actualidad únicamente se prevé que queden afectadas por el deber de instrumentación externa de sus compromisos por pensiones dos tipos de empresas ubicadas en el ámbito del sector público: por un lado, las entidades públicas empresariales, que son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, rigiéndose por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (art. 53 LOFAGE¹¹⁸⁵); por otro, las sociedades estatales de carácter mercantil, en cuyo capital participan, directa o indirectamente, las Administraciones públicas o entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas, las cuáles se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación, sin que en ningún caso puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública (disp. adic. 12º LOFAGE). En fin, como se puede ver, la característica común a ambas entidades es la privatización de sus procedimientos de gestión, esto es, el carácter jurídico-privado que tiene el operar de estas entidades. No obstante, y dados los intereses públicos a los que deben servir, esas mismas formas de actuación quedan penetradas, en todo momento, por la dirección y control que ejerce la propia Administración¹¹⁸⁶

Precisamente, la rigurosa supervisión que sobre las mismas llevan a cabo las Administraciones Públicas aconsejaba, del mismo modo que para las entidades de crédito, aseguradoras y sociedades y agencias de valores, su exclusión de la obligación legal de exteriorización de sus compromisos por pensiones. Por ello, la opción por un tratamiento diferenciado parece descansar no tanto en el control administrativo ejercido sobre las mismas sino en el hecho de que las entidades financieras señaladas son especialistas y concentran su actividad típica precisamente en la gestión e inversión financiera¹¹⁸⁷. Sin embargo, como se verá, no parece que estemos ante una causa justificativa suficiente para romper el principio de coherencia interna en el sistema de instrumentación obligatoria y de la afectación generalizada

¹¹⁸⁵ Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE 15 abril 1997)

¹¹⁸⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Derecho administrativo económico (I)*, Madrid, La Ley, 1991, p. 235.

¹¹⁸⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones..., op. cit.*, p. 61.

de sus normas a toda aquella organización capaz de asumir compromisos por pensiones.

Finalmente, hay que llamar la atención acerca del régimen excepcional previsto para determinadas empresas, en concreto, para entidades de crédito, aseguradoras y sociedades y agencias de valores. Para estos casos, se prevé el mantenimiento de los compromisos por pensiones asumidos mediante fondos internos, siempre y cuando, como se verá, se cumplan determinados requisitos, quedando, por tanto, al margen del cumplimiento de la obligación de exteriorización (disp. trans. 4ª, aptdo. 2º TRLPFP). Se acoge, de este modo, lo previsto por la disp. trans. 14ª Ley 30/1995 que vino a fijar por primera vez este régimen excepcional y único para este tipo de entidades –reiterado por el art. 2.2 RICP–, las cuáles podían solicitar que se les eximiera de la obligación de exteriorización y, por tanto, mantuvieran la cobertura de sus compromisos mediante los fondos internos. Por tanto, como se ve la eliminación de los fondos internos de previsión social que la Ley 30/1995 y ahora el TRLPFP han pretendido no ha sido tal, dado que se mantienen aquéllos que, bajo determinadas condiciones, dispongan las entidades arriba mencionadas.

En cualquier caso, este régimen singular aplicable a las entidades de crédito, entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores, desarrollado en el Capítulo IV RICP (arts. 38 a 41) se caracteriza por una serie de notas que trataremos de exponer brevemente a continuación: primero, cabe resaltar su carácter limitado, en su doble dimensión, subjetiva, por afectar a un tipo de empresas en particular y a un personal concreto de las mismas y, objetiva, al referirse a determinados compromisos por pensiones asumidos por aquéllas; segundo, su carácter condicionado y restrictivo, ya que se imponen una serie de exigencias para poder acogerse a este régimen excepcional; y, por último, su excepcionalidad justificada en base a dos tipos de argumentos expresamente enunciados en la Exposición de Motivos del RICP, a saber, “el que estas entidades actúan en sectores regulados y sometidos a la supervisión de un órgano de control, lo cual redundaría en la garantía de solvencia perseguida por la norma” y, adicionalmente, el hecho de “son especialistas y concentran su actividad típica, precisamente, en la administración y gestión de fondos y, en su caso, en la valoración y cobertura de riesgos”. Como se ve, la exclusión de este tipo de entidades de la obligación de exteriorización de sus compromisos por pensiones estaría basada fundamentalmente en el específico régimen jurídico que nuestro ordenamiento les tiene asignado que repercute en dos elementos decisivos a la hora de analizar el tratamiento normativo de los fondos internos de previsión para sus trabajadores, a saber, su contabilización y su afectación

en supuestos de crisis económicas de los empresarios¹¹⁸⁸. En definitiva, se justifica este régimen excepcional en base a las garantías adicionales¹¹⁸⁹ que incorpora la normativa específica de estas entidades¹¹⁹⁰.

En lo que concierne al limitado campo de aplicación de este régimen de instrumentación a través de fondos internos, hay que decir que no todos los compromisos por pensiones asumidos por las entidades de crédito, entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores van a poder mantenerse en fondo interno. Así, en primer lugar, será necesario que los derechos de previsión que tengan su origen en las fuentes o pactos formales de creación a los que alude el art. 7.1 RICP sean anteriores a 10 de mayo de 1996, fecha en que entró en vigor la disp. trans. 14ª Ley 30/1995. Al contrario, los nuevos compromisos por pensiones asumidos con posterioridad a 9 de mayo de 1996 deberán instrumentarse a través de un plan de pensiones o contrato de seguro. De haberse producido modificaciones posteriores a dicha fecha en los citados compromisos se podrán mantener en fondo interno siempre que las mismas se limiten a las condiciones que afectan a una contingencia ya prevista antes de dicha fecha [art. 38.1.a) RICP]. En segundo lugar, podrán ser objeto de cobertura igualmente a través de fondo interno los compromisos asumidos por subrogación en virtud de operaciones societarias anteriores a 16 de noviembre de 1999, fecha de entrada en vigor del RICP [art. 38.1.b) RICP]. Por último, se impone como requisito ineludible el que los citados compromisos se hallen instrumentados por la entidad a través de dotaciones contables, correspondiendo la gestión de los recursos para su cobertura a la misma o a otras entidades financieras en virtud de operaciones de seguro o similares, que supongan el mantenimiento por parte de aquéllas de dichos recursos o el mantenimiento de la obligación y responsabilidad de la empresa de los compromisos por pensiones correspondientes [art. 38.1.c) RICP].

Por otro lado, también se imponen restricciones a los sujetos que pueden acogerse a este régimen. Así, ya se ha reiterado que únicamente podrán optar por el mantenimiento de sus fondos internos las entidades de crédito, aseguradoras y sociedades y agencias de valores, siempre y cuando tuvieran asumidos compromisos en los términos establecidos con anterioridad y exclusivamente para el personal ingresado en la empresa con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del RICP -16 de noviembre de

¹¹⁸⁸ TAPIA HERMIDA, A.: “Seguro colectivo y fondos...”, *op. cit.*, p. 319.

¹¹⁸⁹ Régimen especial de garantía de su solvencia, un régimen también específico de contabilidad más exigente -bajo la supervisión del Banco de España- y una sujeción a medidas cautelares de intervención [SSTSJ Baleares 29 diciembre 2003 (AS 2004, 1587); 7 junio 2004 (AS 2004, 2471); 19 septiembre 2005 (AS 2005, 2752) y 10 octubre 2005 (AS 2005, 3160)].

¹¹⁹⁰ Un análisis exhaustivo de las mismas en AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 66-74.

1999-, incluso cuando pasen a ser beneficiarios de prestaciones para los beneficiarios por prestaciones causadas a dicha fecha (art. 38.2 RICP). Ello significa que los compromisos por pensiones correspondientes al personal que ingrese en la empresa con posterioridad a aquella fecha, cualquiera que sea el momento en que quedaron constituidos los derechos de previsión reconocidos, quedarán sujetos a lo dispuesto por la disp. adic. 1ª TRLPFP y, por tanto, resultará obligatoria su instrumentación y gestión con carácter externo. Como se ve, la fecha de incorporación de los trabajadores en la empresa –anterior o posterior a 16 de noviembre de 1999- resulta trascendental a los efectos de la exención o no de la obligación de exteriorización, lo que supone que las entidades de crédito, aseguradoras y sociedades y agencias de valores puedan instrumentar un mismo compromiso por pensiones a través de fondos internos y a través de plan de pensiones o contrato de seguro. No obstante, de optarse por el plan como fórmula de exteriorización, perviviendo de igual modo el fondo interno, se deberá garantizar la posibilidad de acceso al mismo de todos los trabajadores de la empresa que lo deseen pues, en caso contrario, se estaría vulnerando el principio de no discriminación recogido en el art. 5.1.a) TRLPFP¹¹⁹¹. Finalmente, cabe decir que el art. 38.3.b), párrafo 2º RICP prevé la extensión del régimen de mantenimiento de fondos internos al personal procedente de otras entidades de crédito, aseguradoras o sociedades y agencias de valores, con el que éstas tuviesen asumidos compromisos por pensiones autorizados a mantenerse en fondo interno. Asimismo, y en estos casos, si la entidad se subroga o asume dichos compromisos, podrá a su vez mantenerlos en fondo interno, siempre que ésta tenga concedida la autorización para mantener sus compromisos en fondo interno.

Por otra parte, la exclusión de las entidades de crédito, aseguradoras y sociedades y agencias de valores de la obligación de externalizar sus compromisos por pensiones en las condiciones antes descritas se subordina al cumplimiento inexcusable de una serie de exigencias: por un lado, las que se tienen que observar para conseguir la autorización administrativa del Ministerio de Economía con anterioridad al 16 de noviembre de 2002 y que son objeto de desarrollo en los arts. 39 y 40 RICP; por otro, el sometimiento a un control adicional respecto del funcionamiento de los fondos internos a cargo del órgano de supervisión correspondiente, ya sea el Banco de España, la Dirección General Seguros o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que podrán “proponer, en su caso, al Ministro de Economía y Hacienda la adopción de las medidas correctoras pertinentes, conforme a la normativa específica que corresponda a cada entidad, e

¹¹⁹¹ Hay que estar de acuerdo con AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, op. cit., p. 77, al señalar que la utilización conjunta de ambos instrumentos “a la vez, fondo interno y plan de pensiones, sólo será factible respetando el principio de no discriminación previsto en la LPFP”.

incluso la revocación de la autorización administrativa concedida” (art. 41.1 RICP); y, por último, el que los fondos internos deben estar dotados con criterios tan rigurosos como los aplicables a los asumidos mediante planes de pensiones (disp. trans. 4ª y 39.3 RICP).

Respecto de este último requisito conviene apuntar que la interpretación que cabe realizar de la referencia que se realiza a los planes, en cuanto que los fondos internos deben operar en base a criterios como los de aquéllos, nos debe llevar a lo previsto en el art. 8.1 TRLPFP, ya que es en este precepto donde se indica con suma claridad el régimen económico y financiero de instrumentación de los planes de pensiones. Por tanto, para el mantenimiento de los fondos internos por parte de las entidades de crédito, aseguradoras o sociedades y agencias de valores será necesario el uso de técnicas financieras y actuariales de capitalización que permitan establecer una equivalencia entre las aportaciones realizadas al fondo y las prestaciones futuras de los beneficiarios, lo que implicará, asimismo, la formación de fondos de capitalización, provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas suficientes para el conjunto de los compromisos adoptados¹¹⁹².

Como se ha podido comprobar, el mantenimiento de los fondos internos en las entidades señaladas referidos a los compromisos por pensiones anteriores a la entrada en vigor de la disp. trans. 14ª Ley 30/1995 queda sometida a una serie de restricciones cuya finalidad, sin lugar a dudas, es garantizar la solvencia y gestión de estas entidades. Aún así, resulta criticable que se haya permitido su subsistencia excepcional¹¹⁹³, ya que, como se verá en otro lugar, se suscitan importantes interrogantes con la pervivencia de la figura de los fondos internos: por un lado, esta modalidad no garantiza que, en caso de insolvencia empresarial aquellos fondos no se vean afectados por dicha situación y, por otro lado, la desigualdad entre trabajadores que no pertenecen a este tipo de empresas con respecto a los integrantes de las mismas resulta manifiesta, dado que los primeros ostentarán auténticos derechos consolidados eventualmente movilizables en supuestos de extinción de la relación laboral frente a los segundos que únicamente dispondrán de expectativas de derechos.

B) El personal de la empresa afectado por la obligación de instrumentación y, en su caso, exteriorización

La referencia al “personal de la empresa” que la disp. adic. 1ª TRLPFP realiza en relación al cumplimiento del deber de instrumentación y, en su caso, exteriorización es objeto de desarrollo por el art. 6 RICP. Este

¹¹⁹² SEGURA del POZO, C. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Fondos internos de pensiones. Reconocimiento de derechos en el supuesto de extinción anticipada de la relación laboral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 13, 2001, p. 154 y AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 63.

precepto ha querido hacer una distinción entre el personal activo de la empresa y los jubilados y beneficiarios como colectivos de trabajadores afectados por la instrumentación de sus compromisos de pensiones. Una diferenciación oportuna que guarda perfecta coherencia con el objeto sobre el que recae la exteriorización: por un lado, las aportaciones que, directas o imputadas, se realicen a favor de los trabajadores en activo para dar cumplimiento a los compromisos por pensiones contraídos; por otro, el de las prestaciones ya causadas derivadas de los citados compromisos.

En lo que respecta al personal activo, es el propio art. 6.1 RICP el encargado de precisar su contenido, distinguiendo las siguientes situaciones: por un lado, y con carácter general, la denominación de personal activo a efectos de lo dispuesto por el RICP estará reservada para toda persona física que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta de la empresa en virtud de relación laboral comprendida en el ámbito de aplicación del ET, incluidas las relaciones laborales de carácter especial, siempre que dicha relación laboral esté sometida a la legislación española; por otro lado, también habrá que considerar incluidos en el concepto amplio de personal activo a los trabajadores en situación de excedencia o suspensión de contrato cuando la empresa haya asumido compromisos con dicho personal; y, por último, se incluyen, del mismo modo, a los trabajadores con los que la empresa mantenga compromisos por pensiones, aún cuando se haya extinguido la relación laboral con los mismos. Como se ve, tres situaciones diferenciadas respecto de las cuáles resulta necesario realizar algún comentario.

Con respecto a la primera, hay que hacer notar la exigencia de que la relación laboral esté sometida a la legislación nacional. Con esta previsión se pone de manifiesto una cuestión trascendental, a saber, que tan sólo existirá la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones asumidos por la empresa conforme a la disp. adic. 1ª TRLFPF cuando a la relación laboral le resulte de aplicación la legislación española. Pues bien, dado que el régimen de instrumentación y, en su caso, exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios se configura como una norma imperativa de obligado cumplimiento¹¹⁹⁴, no se podría admitir la posibilidad de sustraerse a la misma alegando el principio de libertad de elección de la ley por las partes, según lo previsto en el art. 6.1 del Convenio de Roma de 19 de enero de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Por ello, cuando un empresario extranjero que resida en España –o cuyo principal establecimiento o explotación radique en el mismo– celebre contratos de trabajo con españoles o cuando un empresario español contrate a

¹¹⁹⁴ No es posible que la autonomía individual o colectiva pueda anular el mandato del legislador. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, *op. cit.*, p. 684.

trabajadores extranjeros, en ambos casos para trabajar en nuestro país, aunque opten por acogerse a otra legislación laboral distinta de la española, la empresa tendrá la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones asumidos. Igualmente, las empresas españolas que contraten en nuestro país trabajadores españoles para trabajar en el extranjero también deberán dar cumplimiento a la obligación de instrumentación de los compromisos que tengan adquiridos con sus trabajadores, sin perjuicio de una eventual aplicación de la ley del lugar de prestación habitual del trabajo -lex loci laboris- por contener normas imperativas más favorables para los trabajadores. Cabe decir lo mismo en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores, teniendo en cuenta además que si el desplazamiento tiene lugar a un Estado miembro de la Unión Europea será de aplicación lo previsto en la Directiva 98/49/CE, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplacen dentro de la Comunidad¹¹⁹⁵.

Por otra parte, la referencia que el art. 6.1 RICP realiza a las relaciones laborales incluidas en el ámbito de aplicación del ET, con mención expresa de las de carácter especial¹¹⁹⁶, permite excluir del concepto de personal activo sujeto a la obligación de instrumentación a aquellas otras situaciones que están al margen de lo dispuesto por el propio ET, en concreto, las que expresamente se recogen en el art. 1.3 ET. Por su importancia, cabe destacar la “relación de servicios de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, cuando al amparo de un Ley dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias” [art. 1.3.a) ET]. Su excepción, como relaciones de trabajo no afectadas por la regla general de instrumentación de los compromisos por pensiones, puede resultar coherente con la previsión anteriormente comentada de que las Administraciones Públicas no tengan la consideración de empresas a los efectos de la exteriorización obligatoria, pero en modo alguno acertada, ya que se vuelve a insistir aquí en la inexistencia de razones de primer orden que avalen la exclusión de las Administraciones Públicas de la obligación de instrumentación de sus

¹¹⁹⁵ Sobre todas estas cuestiones, *in extenso* AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 95-105 y VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, pp. 88-93.

¹¹⁹⁶ Por lo demás, se trata de una previsión que está en sintonía con lo dispuesto en el art. 4.1.a) TRLRFP, en el que se considera como partícipes de un plan de pensiones del sistema de empleo a “los empleados de la empresa promotora, incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de la Seguridad Social aplicable”. Por tanto, se consideran incluidas todas las relaciones laborales de este tipo, aunque cabe pensar que será el personal de alta dirección el principal afectado. *Vid.* SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 581.

compromisos por pensiones pactados¹¹⁹⁷. Es más, no se ha tenido en cuenta, de no ser porque las Administraciones Públicas no están sometidas al mandato de exteriorizar sus compromisos, el colectivo de trabajadores por cuenta ajena incluido en el ámbito de aplicación del ET que preste servicios en dichas administraciones resultaría incluido entre el personal afectado por la obligación de exteriorización, todo ello sin perjuicio de que voluntariamente puedan instrumentar los compromisos asumidos con sus empleados. Por tanto, una incoherencia que debe servir para reafirmar nuestra posición crítica contraria a la no consideración de las Administraciones públicas como empresas sujetas a lo previsto por la disp. adic. 1ª LPFP¹¹⁹⁸. Finalmente, y pese a que el art. 4.1.a), párrafo 2º TRLFPF admite una eventual atribución de la condición de partícipes de planes de pensiones del sistema de empleo a los socios trabajadores y de trabajo (de empresas de economía social), cabe rechazar que dichas empresas estén sujetas al cumplimiento de la obligación de exteriorización o, en su caso, instrumentación de sus compromisos por pensiones, y ello por cuanto no resulta posible la consideración de aquéllos como personal activo, esto es, como personal laboral¹¹⁹⁹.

Con respecto a la segunda de las situaciones contempladas en el art. 6.1 RICP, es decir, la consideración como personal activo de los trabajadores en situación de excedencia o suspensión de contrato, habría que decir que guarda perfecta coherencia con los efectos derivados de las vicisitudes de naturaleza suspensiva por las que puede atravesar el contrato de trabajo. Así, la suspensión y, en consecuencia, la excedencia se caracterizan por el hecho de que, aún no pudiendo ejecutarse temporalmente una de las obligaciones (prestaciones) esenciales que derivan de él (trabajo o la actividad empresarial que justifica la prestación de salarios), el vínculo jurídico contractual no se verá en principio perjudicado, y perdurará hasta que desaparezca la imposibilidad, momento en que el contrato reanudará su funcionamiento normalmente¹²⁰⁰. Por ello, durante esa situación se mantienen intactos ciertos deberes y obligaciones para las partes¹²⁰¹, por lo que nada impide que se imponga al empresario la obligación de exteriorizar los compromisos por pensiones asumidos con los

¹¹⁹⁷ Como consecuencia de la posición mantenida por el CES a favor de no excluir a las Administraciones Públicas de la obligación de exteriorizar sus compromisos por pensiones, se volvía a insistir en la necesidad de hacer referencia a las relaciones funcionariales y estatutarias, para incluir a todos los trabajadores en el concepto de personal activo del art. 6.1 RICP (*Dictámenes 1999*, Comité Económico y Social, 2000, p. 96).

¹¹⁹⁸ VAL TENA, A. L. de: *La Exteriorización de los Compromisos...*, *op. cit.*, p. 85.

¹¹⁹⁹ Sobre esta problemática y la posibilidad de crear mejoras sociales en el ámbito de las cooperativas de trabajo asociado, *vid.* LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las cooperativas de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 301-311.

¹²⁰⁰ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 551.

¹²⁰¹ Siguen siendo exigibles “aquellas otras relaciones y expectativas no paralizadas o destruidas por la suspensión, entre ellas los beneficios de los sucesivos convenios colectivos, salvo que otra cosa se deduzca de su propio articulado” [STS 19 noviembre 1986 (*RJ* 1986, 6478)].

trabajadores que se encuentren en esa situación¹²⁰². De hecho, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en contra de la exclusión de trabajadores que tenían suspendido su contrato de trabajo por causa de incapacidad temporal al tiempo de concertarse el seguro, debiendo responder el empresario de las prestaciones causadas¹²⁰³. Distinto es, que una vez cumplido el mandato de exteriorización, la empresa quede exonerada de la obligación de contribuir económicamente por el trabajador durante el tiempo que dure la situación suspensiva o la excedencia¹²⁰⁴. Aspecto que, incluso en el caso de los planes del sistema de empleo, puede no contemplarse por parte de las especificaciones de los mismos, de modo que, al contrario, puede preverse que determinados supuestos de suspensión temporal de la relación laboral con el promotor no supongan el cese de las contribuciones a realizar¹²⁰⁵.

Otra de las situaciones contempladas por el 6.1 RICP y asimiladas a la noción de personal activo es el de los trabajadores con los que la empresa mantiene los compromisos por pensiones pactados, aún habiendo extinguido su relación laboral con aquélla. En este caso, se trataría de situaciones previstas en la fuente de definición de los derechos de previsión, normalmente a través de la negociación colectiva, que supondrían la asunción por parte de la empresa de la obligación de mantener la cobertura de algunas contingencias respecto a trabajadores que no han podido acceder a las prestaciones comprometidas. Por tanto, con independencia de cuál sea la causa de extinción de la relación laboral, lo determinante a estos efectos es que en el acto en el que se estableció el compromiso por pensiones se haya pactado a su vez la subsistencia de derechos a favor del trabajador tras el cese en la empresa y antes de que se produzcan las contingencias protegidas¹²⁰⁶. En todo caso, cabe pensar que será extraño mantener la obligación de seguir realizando aportaciones en determinados supuestos, como es el caso de los trabajadores despedidos

¹²⁰² Sobre esta cuestión, véase la STSJ Andalucía/Sevilla 11 octubre 2002 (*AS* 2002, 506) en la que se reconoce el derecho de un trabajador en situación de excedencia forzosa para el ejercicio de cargo público a estar incluido en el plan de pensiones constituido por la empresa como consecuencia de la transformación de dos fondos de previsión anteriores, a los que sí pertenecía el actor.

¹²⁰³ *Vid.* YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, pp. 322-323.

¹²⁰⁴ Hay que recordar que el art. 35.2 RFPF señala que “los partícipes que hayan cesado en la realización de aportaciones, tanto directas como imputadas, pero mantengan sus derechos consolidados en el plan, independientemente de que hayan cesado o no su relación laboral, adquieren su condición de partícipes en suspenso, continuando con la categoría de elemento personal del plan de pensiones”.

¹²⁰⁵ Así, es muy común entre las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo que las contribuciones económicas de la entidad promotora no se interrumpan en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción y acogimiento previo. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Granada, Comares, 2004, p. 41.

¹²⁰⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, *op. cit.*, p. 686. En definitiva, habrá que estar a la propuesta concreta de desvinculación, tal y como se reconoce en las SSTSJ Madrid 26 junio 2003 (*AL* 2004, 494337) Andalucía 7 octubre 2003 (*J* 2003, 2370).

disciplinariamente, pero no tanto en el caso de despidos colectivos, si se trata, especialmente, de prejubilaciones¹²⁰⁷

Por último, hay que mencionar al colectivo de los “jubilados y beneficiarios” que igualmente se considera incluido entre el personal afectado a los efectos de la instrumentación de los compromisos por pensiones (art. 6.2 RICP). Por tanto, la empresa vendrá obligada a exteriorizar no sólo los derechos en curso de adquisición de los trabajadores en activo, así como de los que se encuentren en situación de excedencia o suspensión de contrato o hayan cesado en la empresa subsistiendo los compromisos, sino también de los derechos a pensión ya adquiridos por jubilados o beneficiarios.

2.3. El plazo para exteriorizar los compromisos por pensiones: *dies a quo* y vigencia temporal

Una vez identificado el ámbito de aplicación del RICP, en lo que se refiere a las empresas y al personal incluido en el mismo, resulta determinante precisar el momento en el que surge la obligación de exteriorizar los compromisos por pensiones. Y así, la disp. adic. 1ª y el art. 1 RICP lo circunscriben a aquél en que se inicie el devengo de su coste, lo que habrá que interpretar en el sentido de que el nacimiento de la obligación de cobertura tiene lugar en el momento en el que, conforme a las normas contables que resulten de aplicación, el empresario que ha asumido un compromiso por pensiones debe realizar cargos a su cuenta de resultados para recoger su coste¹²⁰⁸. Por tanto, se impone el criterio contable, en atención a los términos utilizados por la norma, frente a la posibilidad de vincular el inicio de la obligación de exteriorizar con el de la asunción del compromiso¹²⁰⁹, aún cuando entre ambos pueda ver una coincidencia en el tiempo, aunque no siempre va a ser así.

Por otra parte, y en lo que respecta al plazo propiamente dicho de que disponían o disponen en la actualidad las empresas para exteriorizar sus compromisos por pensiones, cabe recordar brevemente las fases sucesivas

¹²⁰⁷ GARCÍA VIÑA, J.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 347. Sirva de ejemplo ilustrativo la SAN 24 junio 2005 (AS 2005, 2488) en la que se enjuicia un sistema de previsión social único para todos los empleados, sin exclusión alguna para quienes vayan accediendo a la situación de prejubilación.

¹²⁰⁸ Criterio mantenido por VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, op. cit., p. 170 y MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, op. cit., p. 689. Para TAPIA HERMIDA, el devengo del coste de los compromisos por pensiones deberá ser imputado conforme al principio establecido en el art. 38.1.d) del Código de Comercio, a saber: “Se imputará al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de pago o de su cobro” (*Manual de Derecho de seguros...*, op. cit., p. 369). En idéntico sentido, GALA DURAN, C.: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 147.

¹²⁰⁹ Por ello, y en función del redactado de la norma, no parece adecuado el criterio por el cuál el inicio de la obligación de exteriorizar se produzca con el de la prestación de servicios del trabajador, en caso de compromisos preexistentes, o con el de la formalización de la asunción de dichos compromisos, si son de nueva creación. Vid. Dictamen del Consejo Económico y Social núm. 7/1999 (*Dictámenes 1999*, CES, 2000, p. 96). Igualmente, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 585.

diseñadas por el legislador. De entrada, procede recordar que la Ley 30/1995 estableció un plazo de tres años, a contar a partir de los seis meses de su entrada en vigor, para que las empresas adaptaran la materialización de los recursos afectos a sus compromisos por pensiones a lo establecido en la disp. adic. 1ª LPPF (Ley 8/87). El plazo, por tanto, quedaba fijado hasta el 10 de mayo de 1999. Sin embargo, el retraso en la promulgación de las normas reglamentarias correspondientes, a las que aludía la Ley 30/1995, con la consiguiente situación de inseguridad jurídica, motivó que la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social estableciera una primera prórroga del plazo de exteriorización, en concreto hasta el 1 de enero del 2001 (disp. adic. 13ª). Fecha límite que se incorpora poco después al RICP.

Pese a esta ampliación, se dejan sentir en la práctica numerosos problemas de adaptación según la reivindicación de los actores sociales, por lo que el legislador accede, de nuevo, a extender por segunda vez el plazo de exteriorización hasta 16 de noviembre de 2002 (disp. adic. 25ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social). Este plazo es el que recoge en la actualidad la disp. trans. 4ª TRLPPF, de modo que esta es la fecha límite que han tenido las empresas para proceder a la instrumentación externa de los compromisos por pensiones que mantuvieran con sus empleados en el momento de la entrada en vigor de las disps. trans. 14ª, 15ª y 16ª Ley 30/1995.

Como se ha podido comprobar, el plazo impuesto para dar cumplimiento a la exteriorización obligatoria de los compromisos por pensiones, gestionados a través de fondos internos u otros mecanismos en los que la empresa mantiene la titularidad de los recursos, se ha caracterizado por su dilación en el tiempo. Así, el legislador, consciente de las dificultades que podía conllevar el proceso de exteriorización, ha optado por flexibilizar cuanto fuera necesario el ámbito temporal legalmente determinado. Una decisión que muy probablemente podía estar justificada en aras de facilitar al máximo el desarrollo de la previsión social complementaria de corte privatista en el ámbito empresarial, pero que en modo alguno ha tenido en cuenta otros riesgos asociados a este modo de proceder. En concreto, se advertía por la doctrina que no convenía alargar hasta el infinito la necesaria exteriorización mediante prórrogas sucesivas por cuanto, durante este tiempo, el cumplimiento de los compromisos empresariales por pensiones estaba “en una situación de riesgo objetivo al permanecer vinculados los medios patrimoniales afectos a aquel cumplimiento al destino del patrimonio de la empresa deudora y, en concreto, al poder de agresión de sus acreedores sin separación patrimonial”¹²¹⁰. Advertencia, por cierto, que no se ha tenido cuenta, al

¹²¹⁰ TAPIA HERMIDA, A.: “La segunda prórroga...”, *op. cit.*, p. 208.

establecerse un nuevo plazo de ampliación hasta el 31 de diciembre de 2004 (disp. adic. 15ª Ley 44/02); prorrogado, por otra parte, hasta el 31 del mismo mes de 2005 (disp. adic. 3ª Ley 4/04) y vuelto a ampliar hasta el 31 de diciembre de 2006 (artículo 2º RD Ley 16/2005). Y aunque dicha ampliación (con sus prórrogas correspondientes) pudiera tener un marcado carácter restrictivo, ya que viene referida únicamente a los denominados como premios de jubilación establecidos en convenios colectivos supraempresariales y para poder acogerse a los beneficios fiscales previstos en las Disp. 15ª y 16ª Ley 30/1995 –en la actualidad disps. 5ª y 6ª TRLFPF– resulta necesario promover planes de promoción conjunta, lo cierto es que, como se ha tenido ocasión de comprobar, estos nuevos períodos no han impedido, por una parte, que las empresas se sirvan de los mismos no tanto para exteriorizar sus compromisos sino más bien para negociar su supresión¹²¹¹ y, por otra, que se flexibilice de tal modo el criterio objetivo adoptado para la ampliación –premios de jubilación de ámbito supraempresarial–, que permita acogerse a esta medida excepcional a los premios (u obligaciones similares que tengan esa naturaleza) acordados en el ámbito de la empresa en sustitución o mejora de los premios de jubilación pactados en el ámbito supraempresarial¹²¹².

En todo caso, y mientras se produce la exteriorización oportuna a través de los dos únicos instrumentos válidos para llevarla a cabo –plan de pensiones y/o contrato de seguro–, el legislador impone el mantenimiento de la efectividad de los compromisos por pensiones y el cobro de las prestaciones causadas en los términos estipulados entre el empresario y los trabajadores (disp. trans. 4ª, párrafo 2º TRLFPF). Con independencia de la interpretaciones que quepa realizar a este precepto y que serán objeto de análisis con posterioridad, lo cierto es que con esta previsión normativa se trata de garantizar la continuidad de los compromisos mientras no se produzca la instrumentación externa, incluso, vencido el plazo establecido para ello. En definitiva, no hay una cancelación de los sistemas de protección anteriores como consecuencia de la finalización del plazo temporal dispuesto para llevar a cabo la exteriorización obligatoria. Entender lo contrario supondría admitir el ilógico resultado jurídico de que la Ley habría dejado aquí el cumplimiento de la obligación de previsión exclusivamente a la voluntad discrecional de una de las partes, precisamente la parte deudora¹²¹³.

¹²¹¹ CC.OO.: *Cuadernos de Información Sindical. Balance Negociación...*, op. cit., p. 71.

¹²¹² Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 4 de febrero de 2003.

¹²¹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 186.

2.4. Los modos de instrumentación externa de los compromisos por pensiones

Los dos únicos instrumentos aptos para la materialización de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas con sus empleados son los planes de pensiones o los contratos de seguro (incluidos los novedosos planes de previsión social empresarial). La disp. adic. 1ª, párrafo 1º TRLPFP se refiere a ellos como forma de dar cumplimiento a la obligación de exteriorización, lo que supone que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1995 no resulta admisible la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos u otras fórmulas análogas que supongan el mantenimiento por parte de éste de la titularidad de los recursos constituidos. Por su parte, el art. 2.1, párrafo 2º RICP reitera el mandato legal exigiendo la formalización de un plan de pensiones del sistema de empleo, de uno o varios contratos de seguro o de ambos instrumentos. Por tanto, se alude con bastante contundencia a las dos únicas alternativas válidas para proceder a la adaptación de los derechos de previsión de carácter empresarial, lo que permite rechazar la posibilidad de que otros instrumentos, distintos de los planes o contratos de seguro, puedan servir para hacer efectiva la obligación de exteriorización¹²¹⁴.

Respecto a los planes de pensiones, cabe matizar que únicamente serán los de la modalidad de empleo los que servirán a los efectos de la instrumentación externa de los regímenes de previsión del personal constituido en una empresa y gestionado con fondos internos u otros mecanismos similares. Algo a lo que acertadamente se refiere el art. 2.1 RICP, precisando la mención tan genérica que la disp. adic. 1ª, párrafo 1º TRLPFP hace a los planes de pensiones, y que resulta pertinente ante la posibilidad de que la indefinición legal pudiera servir para justificar en la práctica el que muchas empresas pudieran preferir incentivar o alentar a sus empleados a que contrataran por su cuenta planes individuales como forma de escapar al control sindical¹²¹⁵. En cualquier caso, la opción por los planes del sistema de empleo esta implícita en la propia definición legal al ser la única que permite articular los acuerdos empresariales de protección

¹²¹⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 583. No parece adecuada, por tanto, aquella otra interpretación que, fundamentada en el último apartado de la disp. adic. 1ª TRLPFP, admitiría que los compromisos por pensiones derivados de un convenio colectivo puedan ser objeto de cobertura a través de fondos establecidos ad hoc, siempre que su titularidad sea transmitida aún tercero y sin que ello suponga la celebración de un contrato de seguro o la constitución de un plan de pensiones. *Vid.* ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.: “Los instrumentos para la previsión...”, *op. cit.*, p. 257.

¹²¹⁵ Hay que recordar que en el momento de la aprobación de la Ley 8/1987 se planteaba la posibilidad de que hubiera un número muy importante de empresas tentadas a seguir el principio de mejor pagar salarios que salarios y planes (USANO CRESPO, D.: “Aspectos críticos de la regulación...”, *op. cit.*, p. 33).

social voluntaria¹²¹⁶, por lo que difícilmente se podría admitir la instrumentación externa vía planes individuales.

En lo que se refiere a los contratos de seguro, el TRLFPF sí resulta más explícito, al concretar de entre los mismos cuáles pueden servir a la finalidad de la exteriorización pretendida. Y así, necesariamente deberán “revestir la forma de seguros colectivos de vida o plan de previsión social empresarial, en los que la condición de asegurado corresponderá al trabajador y la de beneficiario a las personas en cuyo favor se generen las pensiones según los compromisos asumidos”), incluyendo, asimismo, a “los instrumentados entre las mutualidades de previsión social y sus mutualistas en su condición de tomadores del seguro o asegurados” (disp. adic. 1ª). Con respecto a estas últimas, el RICP se encarga de precisar que deberán actuar como instrumento de previsión social empresarial, “entendiéndose por tales aquellas en que todos sus mutualistas sean empleados, concurriendo como socios protectores o promotores las empresas, instituciones o empresarios individuales en las que presten sus servicios, y las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstas y aquéllos” (art. 26.3).

Por otra parte, hay que hacer notar la posibilidad prevista legalmente de que las empresas obligadas a la exteriorización de sus compromisos por pensiones puedan utilizar conjuntamente ambos instrumentos, planes y seguros. En realidad, esto será posible únicamente respetando el principio de no discriminación previsto en el art. 5.1.a) TRLFPF¹²¹⁷, ya que no cabe admitir de modo general la constitución de planes de pensiones pensados en exclusiva para un grupo específico de trabajadores y la suscripción de un contrato de seguro para el resto. Por ello, los supuestos más habituales de combinación entre ambas formas de instrumentación tendrán lugar cuando se constituya un plan de pensiones para los trabajadores en activo, garantizándose las prestaciones causadas de jubilados y beneficiarios mediante la suscripción de un contrato de seguro¹²¹⁸, o en el caso de que se opte por el contrato de seguro para las contingencias de riesgo (incapacidad y fallecimiento) y el plan para aquellos compromisos asociados al ahorro (jubilación). Más infrecuente será la formalización de un plan con el objetivo de dar cobertura a todos los trabajadores con al menos dos años de antigüedad, concertando simultáneamente un seguro para el resto de empleados, o que la empresa se comprometa a cubrir mediante un contrato

¹²¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, *op. cit.*, p. 692.

¹²¹⁷ *Vid.* Dictamen del Consejo Económico y Social núm. 7/1999 (*Dictámenes 1999, op. cit.*, p. 95).

¹²¹⁸ Cabe la posibilidad de que una empresa que haya formalizado un plan de pensiones para todos sus empleados, formalice un seguro colectivo de vida para canalizar las aportaciones empresariales que excedan del límite máximo de aportación anual. *Vid.* DELGADO PLANÁS, C.: *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa. La previsión empresarial en España*, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 92.

de seguro su aportación al plan de pensiones correspondiente cuando el trabajador extingue su contrato con la empresa por haber sido declarado en situación de incapacidad¹²¹⁹.

3. Los planes del sistema de empleo como instrumento apto para la exteriorización de los compromisos por pensiones

Como ya ha quedado dicho, la disp. adic. 1ª TRLPFP ha previsto dos mecanismos de cobertura de los derechos de previsión empresarial, en concreto, el plan de pensiones y el contrato de seguro; aparte de que se hayan predispuesto diferentes posibilidades de utilización de estos instrumentos, conjunta o separada, y que se opte por contratar el seguro colectivo o la modalidad de plan de previsión social empresarial por una entidad aseguradora o por una mutualidad de previsión social que actúe como instrumento de previsión social empresarial¹²²⁰. Sin embargo, el tratamiento jurídico dispensado en sede legal a cada uno de estos instrumentos resulta totalmente diferente. Así, en el caso de los planes de pensiones únicamente se han establecido previsiones particulares a la hora de actuar como instrumentos de adaptación de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1995, sometiéndose al preceptivo régimen transitorio (disp. trans. 5ª TRLPFP), pero no cuando instrumenten compromisos nuevos, ya que, en este caso, se ha considerado que el instrumento en sí no requiere una regulación adicional desde el punto de vista sustancial; puesto que el plan que de cobertura a estos compromisos será un plan de pensiones en la modalidad de empleo que se regirá por las normas generales contenidas en el TRLPFP y en su reglamento¹²²¹. Por el contrario, en el supuesto de los seguros sí se han impuesto condiciones específicas en el marco de la exteriorización de los compromisos por pensiones, no sólo con un alcance transitorio, sino también de carácter permanente, al considerar en este caso que el contrato de seguro colectivo de personas sí requiere de un régimen jurídico singularizado distinto del establecido en la LCS y en el TRLOSSP¹²²². Esta regulación diferenciada se ha trasladado al RICP, recogiendo en su Capítulo II el régimen transitorio de la adaptación de los compromisos por pensiones mediante planes de pensiones.

Por tanto, el análisis que cabe hacer de los planes de pensiones en el ámbito de la exteriorización obligatoria debe venir referido a este régimen

¹²¹⁹ Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, op. cit., pp. 113.

¹²²⁰ Hay que tener en cuenta, además, que en orden al cumplimiento de lo previsto en la disp. adic. 1ª TRLPFP, la instrumentación de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas con su personal se va a poder llevar a cabo a través de planes de pensiones del sistema de empleo adscritos a fondos de pensiones de empleo domiciliados en España o en otros Estados miembros autorizados para la realización de una actividad transfronteriza conforme a la Directiva 2003/41/CE (art. 43.1 TRLPFP).

¹²²¹ TAPIA HERMIDA, A.: *Manual de Derecho de Seguros...*, op. cit., p. 368.

¹²²² *Ibidem*, p. 368.

transitorio de adaptación, por cuanto los elementos básicos de su ordenación jurídica son objeto de tratamiento a lo largo de este trabajo. Pero, en todo caso, y antes de proceder al estudio del citado régimen, resulta oportuno poner de manifiesto aquellos aspectos que pueden actuar como condicionantes a la hora de optar por el plan de pensiones como vehículo válido de exteriorización. Se trataría, en suma, de comprobar aquellas ventajas que pueden ofrecer los planes frente a los seguros en el marco de la instrumentación de los compromisos por pensiones.

3.1. La opción del plan de pensiones frente al contrato de seguro como instrumento de exteriorización de los compromisos por pensiones

La decisión de formalizar un plan de pensiones del sistema de empleo como vía de externalización de los compromisos por pensiones frente a la opción del contrato de seguro se sustenta fundamentalmente en consideraciones de tipo objetivo relacionadas con el régimen jurídico al que quedan sometidos ambos instrumentos. En concreto, el primero de los elementos de la ordenación jurídica de las dos alternativas válidas para exteriorizar los compromisos por pensiones asumidos o que vayan a asumir las empresas era (hasta hace bien poco) su diferenciado régimen tributario. Al margen del privilegiado trato fiscal dispensado a los planes de pensiones con la aprobación de la LPFP (Ley 8/1987), del que ya se ha dado buena cuenta en otro lugar, lo cierto es que la instrumentación de los compromisos por pensiones a través de un plan presentaba una indudable ventaja de producirse vía seguro colectivo. En concreto, mientras que las aportaciones realizadas por los partícipes a planes de pensiones, incluyendo las contribuciones del promotor que le hubiesen sido imputadas, podían reducirse en su base imponible (art. 60.1 TRLIRPF), no ocurría lo mismo con el coste de la prima satisfecha por la póliza de seguro [art. 16.1.e) TRLIRPF]. Cuestión distinta eran las mutualidades de previsión social, donde la fiscalidad se había equiparado con los planes en punto a la posibilidad de practicar reducciones en la parte general de la base imponible por las cantidades abonadas en virtud de contratos de seguro concertados con aquéllas, siempre que se cumplieran determinados requisitos (art. 60.2 TRLIRPF). Sin embargo, en la actualidad, y en base al nuevo principio de neutralidad en la tributación del ahorro que propugna la nueva Ley 35/2006, todos los instrumentos de previsión social que cumplan con las características exigidas en la citada norma aplicarán el incentivo de la reducción en la base imponible, sin distinción entre ellos.

Otro aspecto que se ha puesto de relieve con respecto a la preeminencia de los planes de pensiones como vehículos de exteriorización es el relativo a la titularidad de los recursos patrimoniales destinados a los fines de previsión. Así, en los planes de pensiones dicha titularidad corresponde a los empleados partícipes y beneficiarios (art. 8.4 TRLPF),

reconociéndose a los primeros derechos consolidados, fruto de sus aportaciones, directas o imputadas, y del régimen financiero-actuarial aplicado en el plan, pudiendo ser objeto de movilización a otro plan o hacerse efectivos en determinadas condiciones. Sin embargo, en el caso de los contratos de seguro es la entidad aseguradora la que ostenta la titularidad y la libre disposición sobre los bienes y derechos en que se materialice la inversión de las provisiones técnicas (art. 51.1 ROSSP) y únicamente si las primas se imputan fiscalmente al trabajador, éste dispone de la titularidad de ciertos derechos económicos¹²²³.

Otra de las diferencias que se han hecho notar de forma temprana a favor de la instrumentación de los compromisos por pensiones a través de la formalización de un plan de pensiones es la garantía de participación de los trabajadores en su sistema institucional, en concreto, en la estructura de gestión y control de toda la dinámica de funcionamiento del acuerdo de previsión instituido¹²²⁴. Al contrario, en el seguro colectivo de vida no existe tal derecho de participación, sustituyéndose el mismo por un régimen general informativo (art. 106 ROSSP) y otro específicamente previsto para el caso de que el seguro actúe como instrumento de exteriorización (art. 34 RICP). A lo sumo tan sólo existe un control colectivo “externo” a través de las estructuras representativas indiferenciadas de los trabajadores¹²²⁵.

Finalmente, la elección de un plan de pensiones puede venir motivada por el reforzado sistema de protección de los intereses de los trabajadores que este mecanismo ofrece. Como ya se dijo en otro momento, la legislación ordenadora de los planes de pensiones introduce en el marco regulador de los compromisos por pensiones una serie de garantías jurídicas específicas en favor de los derechos adquiridos de los partícipes y beneficiarios; medidas tendentes a dotar de mayor seguridad a las instituciones de previsión encargadas de la ordenación de los regímenes profesionales complementarios. Así, la aplicación del principio de irrevocabilidad de aportaciones [art. 5.1.c) TRLPFP] y el reconocimiento de derechos consolidados [art. 5.1.d) TRLPFP], así como su indisponibilidad como regla general (art. 8.8 TRLPFP) permite garantizar

¹²²³ En otras palabras, “la ausencia de cualquier previsión que atribuya a los trabajadores asegurados la titularidad de los recursos afectados a la cobertura de los compromisos que gestiona la correspondiente póliza de seguros, se contrarresta con la posibilidad de que a éstos se les imputen fiscalmente las primas aportadas por el tomador, en cuyo caso disponen de la titularidad de ciertos derechos económicos que ni el compromiso ni la póliza pueden ignorar” (ARADILLA MARQUÉS, M^a. J. y BATALLER GRAU, J.: “El contrato de seguro como modalidad de instrumentación de los compromisos por pensiones: los derechos de disposición anticipada”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 2003, p. 314). *Vid.*, en este sentido, sobre la inexistencia de un derecho de rescate de los no adheridos al plan de pensiones en caso de cese o extinción de la relación laboral por no estar contemplado aquél en los acuerdos que configuran el seguro la SAN 3 abril 2006 (*AS* 2006, 1463). Asimismo, un comentario a dicho pronunciamiento se puede encontrar en HERRERO ALARCÓN, F.: “La otra exteriorización de compromisos de previsión de Telefónica: seguro colectivo y rescate”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2006,

¹²²⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 186.

¹²²⁵ *Ibidem*, p. 186.

adecuadamente la continuidad de la protección durante toda la vida laboral del sujeto, con independencia de las vicisitudes que pudieran concurrir durante la misma, especialmente en supuestos de transmisión de empresas, de cambio de empresa por parte del trabajador o, en general, de extinción de la relación laboral. No sucede lo mismo en el caso de optar por el contrato de seguro, donde no queda bien establecida la conservación de los derechos de pensión y la continuidad del sistema previsor¹²²⁶, ya que ello dependerá de lo establecido en la fuente formal de creación de los compromisos por pensiones¹²²⁷. En concreto, la disp. adic. 1ª TRLPPF remite a los términos del acuerdo de previsión para determinar las condiciones en que los trabajadores van a poder disponer de derechos económicos¹²²⁸.

Junto a estos aspectos objetivos, que pueden aconsejar la instrumentación externa de los compromisos por pensiones vía planes de pensiones, pueden jugar otro tipo de valoraciones relacionadas con la naturaleza, definición y contenido de los compromisos u otros aspectos asociados al proceso de implantación y desarrollo de estos instrumentos¹²²⁹. Además, cabe añadir a ello las distintas perspectivas con que trabajadores y empresarios pueden valorar la utilización de uno u otro mecanismo. En el caso de los trabajadores, lo normal será que se apueste por la instrumentación de los compromisos por pensiones a través de la formalización de un plan¹²³⁰, toda vez que el régimen jurídico de estos mecanismos otorga derechos vinculados a la titularidad, participación y control de los trabajadores sobre los patrimonios constituidos. Por el contrario, los empresarios pueden decantarse por el seguro en atención a la flexibilidad de la que goza este instrumento y como forma de evitar la supervisión y control directo de los trabajadores¹²³¹.

Precisamente, son esos dos últimos aspectos, en concreto, la versatilidad de los seguros colectivos de vida y las mayores posibilidades

¹²²⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 67.

¹²²⁷ *Vid.*, en este sentido, la SAN 3 abril 2006 (AS 2006, 1463) en la que se declara la inexistencia de un derecho de rescate de los no adheridos al plan de pensiones en caso de cese o extinción de la relación laboral por no estar contemplado aquél en los acuerdos que configuran el seguro. Un comentario a dicho pronunciamiento se puede encontrar en HERRERO ALARCÓN, F.: “La otra exteriorización de compromisos de previsión de Telefónica: seguro colectivo y rescate”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2006.

¹²²⁸ Como indican ARADILLA MARQUÉS y BATALLER GRAU, “será el citado compromiso el que decida si este mecanismo de previsión complementaria acompañará al sujeto o no durante toda su vida, cuestión que no obstante, plantea mayores problemas interpretativos desde el momento en que no todo contrato de seguro de toda empresa está obligado a contemplar esta especialidad” (“El contrato de seguro como modalidad...”, *op. cit.*, p. 315).

¹²²⁹ Ampliamente sobre todos estos elementos a tener en cuenta en VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, *op. cit.*, pp. 286-293; DELGADO PLANÁS, C.: *Cómo complementar la pensión...*, *op. cit.*, pp. 81-92; VV. AA.: *Manual de Fondos de Pensiones para Empresas e Instituciones*, Madrid, Inversor Ediciones, 2005, pp. 80-81 y TORAL, R.: “La exteriorización de los compromisos por pensiones”, *Capital Humano*, núm. 139, 2000, pp. 56-58.

¹²³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 61.

¹²³¹ Sobre esta versatilidad del contrato de seguro, *vid.* ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: *Flexibilidad y compromisos...*, *op. cit.*, pp. 35-38.

de control empresarial sobre los mismos, sin posibilidad de intervención directa de los asegurados, lo que con toda probabilidad ha determinado la tendencia mayoritaria a favor de la utilización del contrato de seguro como instrumento de exteriorización¹²³². Es especialmente significativa su utilización para dar cobertura a los riesgos de actividad (invalidez y fallecimiento)¹²³³. Por tanto, no se ha tenido en cuenta esa perspectiva garantista a la que aludíamos con anterioridad para dar preferencia a los planes de pensiones frente al seguro colectivo de vida, primando con toda probabilidad consideraciones de oportunidad, cuando no de pura racionalidad económica y de control sobre el sistema de previsión exteriorizado. De nuevo, vuelve a hacerse patente en esta cuestión la reiterada reivindicación empresarial a favor de no perder la titularidad y el poder decisorio sobre los recursos asignados a los fines de previsión.

Pese a ello, la presencia de los planes de pensiones en el ámbito empresarial, como forma de instrumentación de los compromisos por pensiones, es cada vez mayor¹²³⁴, pudiéndose subrayar una serie de líneas de tendencia en relación a este mecanismo de protección. Por un lado, son las empresas medio-grandes y de grandes dimensiones las que optan por la instrumentación mediante el sistema de planes y fondos de pensiones como mecanismo de exteriorización¹²³⁵. De nuevo, hay que insistir en la centralidad de la empresa a la hora de actuar como entidad promotora de planes de pensiones, frente al escaso y muy lento desarrollo de sistemas de promoción conjunta –o sectorial- para las empresas¹²³⁶, aún cuando esta fórmula se abra paso entre los grupos. Al contrario, las pequeñas o medianas empresas raramente utilizan los planes de pensiones como mecanismo de instrumentación externa¹²³⁷. Por otro lado, hay que hacer

¹²³² MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 59.

¹²³³ CC.OO.: *Cuadernos de Información Sindical. Balance Negociación...*, *op. cit.*, p. 74. En concreto, “durante el año 2004 fueron unas 176.140 empresas tomadoras las que instrumentaban compromisos por pensiones mediante seguros colectivos, con un incremento respecto del ejercicio anterior del 9,87 por ciento. El número total de contratos es superior (198.897 contratos, lo que supone un incremento del 4 por ciento respecto de los datos del ejercicio 2003) pues algunas empresas disponen de más de una póliza para instrumentar sus compromisos por pensiones. Gran parte de estos contratos se limitan a la cobertura de las contingencias de fallecimiento o incapacidad mediante pólizas anuales renovables que no generan provisión matemática” (DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES, *Seguros y Fondos de Pensiones. Informe 2004*, 2004, p. 90).

¹²³⁴ La utilización de los planes como vehículos de exteriorización se ha ido intensificando desde finales de 1999. En concreto, hasta el año 2002 se habían formalizado planes de reequilibrio por importe de 7.515, 61 millones de euros para, aproximadamente, unas 157.000 personas, de las que el 95 por 100 eran trabajadores –personal activo-. *Vid.* GONZÁLEZ de FRUTOS, P. y GARCÍA de QUEVEDO RUIZ, J. C.: “Regulación del sector seguros y planes de pensiones”, *Información Comercial Española*, núm. 801, 2002, p. 65.

¹²³⁵ Aspecto éste destacado tempranamente por la doctrina. *Vid.* AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, p. 207 y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: *Flexibilidad y compromisos...*, *op. cit.*, p. 64.

¹²³⁶ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, p. 128.

¹²³⁷ Un estudio de la realidad de los sistemas privados de pensiones en las PYMES, con propuestas de generalización de la previsión social complementaria en estas empresas en GALLEGOS LOSADA, R.: *La*

notar el protagonismo que adquieren los planes en el ámbito del sector público como vehículo de instrumentación de nuevos compromisos por pensiones, destacando, por su importancia, el plan de pensiones de promoción conjunta en la Administración General del Estado, aparte de otros tantos planes preexistentes o de nueva promoción, especialmente en la Administración Local¹²³⁸. Por último, es frecuente la utilización del plan de pensiones para dar cobertura a la contingencia de jubilación, aún cuando resulte habitual que se asuman de igual modo las contingencias de incapacidad permanente, viudedad y orfandad¹²³⁹. En este caso, hay que destacar que en bastantes supuestos la exteriorización de acuerdos de previsión preexistentes a través de planes de pensiones ha producido una transformación generalizada de los compromisos previstos en negociación colectiva, bajo la modalidad de prestación definida, a otros nuevos formulados bajo la modalidad de aportación definida, con la consiguiente asunción por los partícipes del riesgo de las inversiones¹²⁴⁰.

3.2. El régimen transitorio de adaptación de los compromisos por pensiones mediante planes de pensiones

Como se puede imaginar, el cumplimiento de la obligación legal de exteriorización puede dar lugar a un proceso largo y no exento de dificultades, especialmente cuando los planes del sistema de empleo encargados de la instrumentación de los compromisos por pensiones son fruto de una remodelación de otras instituciones de previsión del personal, ya sean Fundaciones Laborales, Entidades de Previsión Social o fondos internos de las empresas. En estos casos, a la hora de configurar el nuevo plan de pensiones, es posible que haya que tener en cuenta “prestaciones ya causadas, aportaciones realizadas, compromisos asumidos de aportaciones futuras y expectativas de derechos más o menos consolidados”¹²⁴¹, todo

incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas, Madrid, Fundación MAPFRE Estudios, 2003.

¹²³⁸ Destaca “el número de planes de pensiones promovido por las corporaciones locales que incluiría especialmente los ayuntamientos pertenecientes a Elkarkidetza (unos 431) del País Vasco”. *Vid.* GARCÍA de QUEVEDO RUIZ, J. C. y PAZ CARBAJO, J. A.: “Previsión complementaria en España. Situación Actual”, *Información Comercial Española*, núm. 2738, 2002, p. 9. En todo caso, el proceso está siendo lento en el resto de Administraciones Públicas, “dejando pasar la oportunidad de promoción inmediata de estos sistemas, lo que puede afectar negativamente los intereses de los empleados públicos” (CC.OO.: *Cuadernos de Información Sindical. Balance Negociación...*, *op. cit.*, p. 72).

¹²³⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, p. 207.

¹²⁴⁰ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, 126. Es esto, por lo demás, una tendencia generalizada de las prestaciones complementarias de corte privatista en el ámbito anglosajón. Numerosos estudios han documentado este cambio de orientación a favor del sistema de contribuciones definidas en las pensiones capitalizadas frente al de prestaciones definidas. Como ejemplos TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de pension...*, *op. cit.*, pp. 57-58; GHILARDUCCI, T.: “Small Benefits, Big Pension Funds, and How Governance Reforms Can Close the Gap” en VV. AA. (Fung, A.; Hebb, T. y Rogers, J. eds.): *Working Capital. The Power of Labor's Pensions*, Nueva York, Cornell University Press, 2001, pp. 168-171; y REYNAUD, E.: “Les fonds de pension...”, *op. cit.*, p. 804.

¹²⁴¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de pensiones...”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, p. 489.

ello como consecuencia del sistema de previsión anterior instaurado en la empresa. Consciente de esta circunstancia, el legislador ha articulado un conjunto de medidas de transición de manera que las empresas puedan traspasar los fondos constituidos o reconocidos para atender sus compromisos por pensiones con sus trabajadores o proceder a integrar otras fórmulas o instituciones de previsión del personal en el correspondiente plan de pensiones. Se trata, por tanto, de otorgar facilidades a todas aquellas empresas dispuestas a realizar un esfuerzo de externalización de sus compromisos por pensiones, máxime cuando para muchas de ellas el trasladar sus fondos internos a un patrimonio separado y externo puede suponer un trasvase de recursos importante, lo que tiene como consecuencia la pérdida de rentabilidad de los mismos al no poder disponer de ellos, incluso en algunos casos, las provisiones internas no están dotadas, por lo que en el momento de configurar el plan de reequilibrio se pueden generar grandes déficits¹²⁴². En definitiva, para algunas empresas el dar cumplimiento a la exteriorización les puede ocasionar “un importante desembolso, en algunos casos poniendo incluso en riesgo su propia solvencia”¹²⁴³. En este sentido, las disposiciones transitorias 15ª y 16ª de la Ley 30/1995 y, en su desarrollo, el Capítulo II del RICP, establecieron las condiciones y beneficios¹²⁴⁴ a aplicar a aquellas empresas que optaran por instrumentar sus compromisos mediante un plan de pensiones. Dicho régimen es el que recoge hoy el TRLPFP (RDLeg. 1/2002), aunque modificado parcialmente por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Antes de abordar de forma breve el prolijo régimen transitorio de exteriorización de compromisos por pensiones a través de planes de pensiones, conviene llamar la atención acerca de la importancia y vigencia del mismo, aún hoy que su ámbito temporal de aplicación finalizó con carácter general el día 16 de noviembre de 2002. En concreto, y pese a la circunstancia temporal apuntada, hay dos razones que pueden avalar en estos momentos el estudio de las normas de transición. Por un lado, el hecho de que los plazos establecidos para la efectiva aportación de los fondos constituidos a los nuevos instrumentos de cobertura extiendan sus efectos más allá de la finalización del período transitorio, esto es, el 16 de noviembre de 2002. Hay que tener en cuenta que dicha fecha límite se

¹²⁴² GALLEGO LOSADA, R.: *Sistemas privados de...*, *op. cit.*, p. 224.

¹²⁴³ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Concentración empresarial...”, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁴⁴ Un aspecto de especial importancia de este régimen transitorio está constituido por el trato fiscal ventajoso que reciben, por un lado, las cantidades devengadas por el personal al convertirse en plan de pensiones una institución de previsión social preexistente, por otro, la aportación a los planes de pensiones de elementos patrimoniales afectos a los compromisos de previsión del personal y, por último, las contribuciones de los promotores de planes correspondientes a servicios pasados de sus empleados. Un análisis de estos y otros elementos de la fiscalidad de los planes de pensiones formalizados al amparo de este régimen transitorio en ALONSO MURILLO, A.: *Los sistemas privados de pensiones en la imposición estatal...*, *op. cit.*, pp. 248-254.

refiere a la formalización de los instrumentos de cobertura, pero no a las normas que regulan los aspectos financieros y fiscales de los mecanismos adaptados antes de la finalización del período transitorio¹²⁴⁵. Incluso, se prevén supuestos excepcionales en los que sea necesario prolongar los plazos establecidos para el trasvase de fondos de los planes de reequilibrio (aptdo. 1º, disp. final 3ª RICP). Por otro, el establecimiento de un régimen transitorio específico de acomodación de determinados compromisos por pensiones vinculados a la jubilación mediante planes de empleo de promoción conjunta (disp. adic. 15ª Ley 44/2002), prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2006 (artículo 2º RD Ley 16/2005), que permite a las empresas que se incorporen a estos planes acogerse a lo previsto en las disp. trans. 15ª y 16ª Ley 30/1995, actualmente disp. trans. 4ª y 5ª TRLRFP.

A) Ámbito objetivo y subjetivo del régimen transitorio

De acuerdo con la disp. trans. 5ª TRLRFP las normas de transición han podido resultar de aplicación a las siguientes tres situaciones, a saber, a las empresas que hayan promovido planes de pensiones como forma de dar cumplimiento a la obligación legal de transformación de los fondos internos que tenían asignados a fines de previsión y que se habían constituido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1995; a la transformación, disolución o liquidación de cualquier otra institución de previsión del personal que pudiera dar lugar a su integración en un plan de pensiones de personas y recursos inicialmente vinculados a dicha institución; y, por último, a los planes constituidos como consecuencia de la asunción de nuevos compromisos asumidos por las empresas a partir de la entrada en vigor de las disp. trans. 14ª, 15ª y 16ª Ley 30/1995. En los tres casos, ha resultado preceptiva la formalización de los referidos planes de pensiones dentro del plazo que finalizó el día 16 de noviembre de 2002¹²⁴⁶.

Ahora bien, encontrándose en algunas de las situaciones reseñadas, es decir, que las empresas hayan formalizado *ex novo* un plan de pensiones o que hayan adaptado sus compromisos anteriores, el RICP establece una serie de requisitos adicionales que han debido cumplir las empresas que han pretendido beneficiarse de las condiciones excepcionales del régimen transitorio. Así, en primer lugar, deberán haber formalizado un plan del sistema de empleo que incorpore un plan de reequilibrio que integre los derechos por servicios pasados correspondientes a compromisos por

¹²⁴⁵ VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, op. cit., pp. 296-297.

¹²⁴⁶ Repárese en el nuevo plazo prorrogado por el RD Ley 16/2005 hasta el día 31 de diciembre de 2006 para la integración en planes de pensiones de empleo de promoción conjunta de los denominados como “premios de jubilación” establecidos en convenio colectivo de ámbito supraempresarial. En este caso, las empresas que se incorporen a los referidos planes de promoción conjunta dentro del plazo señalado, podrán acogerse a los beneficios del régimen transitorio.

pensiones para su personal activo y, en su caso, las obligaciones ante jubilados y beneficiarios [art. 8.1.a) RICP].

En segundo lugar, y en el caso de tener constituido un plan, podrán igualmente acogerse al régimen transitorio las empresas que modifiquen, mediante acuerdo de la comisión de control del plan, las especificaciones del mismo para incorporar, mediante un plan de reequilibrio, derechos por servicios pasados y, en su caso, obligaciones por prestaciones causadas correspondientes a compromisos por pensiones no integrados en el plan [art. 8.1.b) RICP]. Como se ha señalado, estaríamos, en este caso, ante empresas que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1995 daban cobertura a una parte de los compromisos por pensiones mediante un plan y el resto a través de un fondo interno. Ello obligaba a optar entre modificar las especificaciones para incorporar los compromisos no cubiertos por el plan, constituyendo el plan reequilibrio correspondiente, o bien formalizar un contrato de seguro¹²⁴⁷.

En tercer lugar, aquellas empresas con planes de pensiones que se hubieran acogido al régimen transitorio de la Ley 8/1987, también han podido acogerse al régimen transitorio de la Ley 30/1995 a través de un nuevo plan de reequilibrio, siempre que los derechos a reconocer bajo este régimen se hubieran derivado de nuevos compromisos o de compromisos no incluidos en el plan de reequilibrio en su día aprobado por la Dirección General de Seguros, cuyo cumplimiento debía continuar de forma independiente y diferenciada del nuevo plan de reequilibrio [art. 8.1.c) RICP)]. Se trataría de supuestos muy excepcionales referidos a empresas e instituciones de previsión del personal acogidas al primer régimen transitorio de carácter voluntario dispuesto por la LPFP (Ley 8/1987) y el RPPF (RD 1307/1988) que contando con planes de reequilibrio aprobados en su momento hubieran podido acordar nuevos compromisos distintos de los previstos o que el plan de reequilibrio inicial no hubiera incorporado todos los derechos de previsión susceptibles de ser incluidos. Por ello, y en atención a esas dos circunstancias, estas empresas se habrán acogido al régimen transitorio de la Ley 30/1995 sin necesidad de instar la creación de un nuevo plan de pensiones, sino mediante la aprobación de un plan de equilibrio distinto del primero que incorpore los derechos por servicios pasados no exteriorizados¹²⁴⁸.

Por último, también las empresas promotoras de planes de la modalidad conjunta que incorporen al plan de pensiones su correspondiente plan de reequilibrio han podido acogerse al régimen transitorio de adaptación previsto [art. 8.1.d) RICP]. Queda claro que pese a la existencia

¹²⁴⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, p. 146.

¹²⁴⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 147-148 y MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, *op. cit.*, p. 700.

de un único plan, es cada empresa la encargada de aportar su propio plan de reequilibrio, teniendo efectos independientes de los del resto. De nuevo aquí, hay que tener en cuenta la ampliación del plazo hasta el 31 de diciembre de 2006 para la integración en planes de empleo de promoción conjunta de los denominados como premios de jubilación, establecidos en convenio colectivo supraempresarial, permitiendo a las empresas incorporadas el poder acogerse a los beneficios del régimen transitorio previsto legalmente para el reconocimiento de derechos por servicios pasados mediante los correspondientes planes de reequilibrio (disp. adic. 15ª Ley 44/2002).

Por lo que respecta al personal que ha podido acogerse a este régimen transitorio, cabe señalar, en primer lugar, a los trabajadores en activo en la empresa a la fecha de formalización o modificación del plan de pensiones. De tratarse de empleados no incorporados al plan, deberán haberse adherido al mismo en el plazo previsto a estos efectos por las especificaciones del plan, que no podrá ser superior a seis meses desde el momento de la formalización o modificación del citado plan (art. 9.1 RICP). Aún cuando lo más habitual sea la exigencia de una adhesión formal al mismo¹²⁴⁹, nada impediría que la incorporación al plan se llevara a cabo sin necesidad de exigir a los trabajadores en activo su adhesión individual, sino que su integración en el nuevo sistema se produjera de forma automática, al así preverse por la autonomía colectiva, abriendo un plazo con posterioridad a efectos de que el partícipe pudiera renunciar a tal derecho¹²⁵⁰. Se trata de una previsión que resultaría más acorde con el último párrafo del vigente art. 4.1.a) TRLFPF y que, además, evitaría los inconvenientes tan nefastos que puede tener la no adhesión, puesto que lo normal será que el reglamento del plan prevea la pérdida de todos los derechos que se deriven del sistema de previsión anterior¹²⁵¹. Cabe añadir,

¹²⁴⁹ Así, la disposición transitoria 3ª del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Productos Roche* (5 Noviembre 1999) reconoce derechos por servicios pasados para los empleados que pertenecieran a algún sistema de previsión social preexistente en la empresa y que esté en activo en la misma en la fecha de formalización del Plan de Pensiones y *que se adhieran al mismo*. En idénticos términos, la disposición transitoria 1ª de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002), aunque en este caso se especifica el plazo de adhesión –de dos meses desde la formalización del mismo– conforme al art. 9.1 RD 1588/1999. De treinta días, contados desde su fecha de efectividad, según la disposición transitoria 2ª del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Universidad de Cádiz*.

¹²⁵⁰ Precisamente, la disposición transitoria 2ª del *Reglamento de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Emtusa* reconoce derechos por servicios pasados a todo el personal que, reuniendo los requisitos exigidos por la normativa de aplicación, no declare expresamente por escrito a la Comisión de Control su deseo de no adherirse al Plan de Pensiones en el plazo de un mes contado desde su fecha de efectividad. Del mismo modo, la disp. trans. 2ª de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.*

¹²⁵¹ Así, la disposición transitoria 3ª de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano, S.A.* (29 Mayo 2000) establece un plazo de 75 días a contar desde la fecha de formalización del Plan a efectos de su ratificación voluntaria y, la consiguiente, incorporación como partícipes del mismo. Transcurridos los mismos, sin que se produzca la ratificación, se concederá un nuevo plazo de 15 días, a contar desde el requerimiento notarial, de manera que si no lo hacen en este

por otro lado, que la referencia al art. 6 RICP a la hora delimitar el término de trabajadores en activo no deja ninguna duda de la posibilidad de que se hayan podido acoger al régimen transitorio empleados en situación de excedencia¹²⁵² o suspensión de contrato¹²⁵³ cuando la empresa haya asumido compromisos con dicho personal, así como trabajadores con los que la empresa mantenga compromisos por pensiones, aún cuando se haya extinguido la relación laboral con los mismos.

En segundo lugar, también han podido incorporarse al régimen transitorio los jubilados o beneficiarios a la fecha de formalización del plan de pensiones, siempre que la empresa haya instrumentado los compromisos por pensiones con sus trabajadores en un plan de pensiones y se hubiera decidido por la comisión promotora o de control integrar a los mismos en el citado plan (art. 9.2 RICP). Del tenor literal de la norma parece desprenderse la necesidad de que exista previamente un plan de pensiones que instrumente los compromisos por pensiones asumidos frente al personal activo del promotor para poder incorporar igualmente a jubilados o beneficiarios con prestaciones causadas. Es decir, una empresa que tuviera compromisos por pensiones asumidos con los trabajadores y con su personal pasivo no habrá podido optar por instrumentar sus compromisos frente a los trabajadores activos mediante un contrato de seguro y formalizar un plan de pensiones para instrumentar sus obligaciones ante jubilados y beneficiarios. Asimismo, tampoco habrá podido formalizar un plan aquella empresa cuya obligación se hubiera limitado al pago de pensiones causadas, no existiendo compromisos por pensiones algunos frente al personal activo¹²⁵⁴.

Finalmente, cabe referirse a los derechos y obligaciones que han podido integrarse en un plan de pensiones acogido a este régimen

segundo plazo perderán todos los derechos. Por su parte, la disposición transitoria 2ª de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones para los Empleados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, Ibercaja* (31 Octubre 2001) prevé la convocatoria cada tres años de períodos de adhesión al Plan, perdiendo, transcurrido el mismo, el derecho al reconocimiento de servicios pasados. Una previsión singular, la ofrece el *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Petróleo* (Enero 1998) en su disp. trans. 2ª en la que garantiza a los potenciales partícipes que no se adhieran la recuperación del 80% de las cantidades que ellos mismos hubieran aportado al sistema preexistente de previsión social complementaria.

¹²⁵² Para que se produzca el reconocimiento de los derechos por servicios pasados en este supuesto, algunos planes de pensiones exigen del trabajador su reincorporación activa a la plantilla de la entidad promotora (disp. trans. 4ª de las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA*). Incluso, algún reglamento distingue en función del tipo de excedencia, de manera que para la forzosa se procederá a la integración de los derechos económicos del trabajador desde el momento de la formalización del plan, pero para las de carácter voluntario, se reconocerá el derecho por servicio pasado desde el momento de su efectiva reincorporación a la empresa (disp. trans. 4ª de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.*).

¹²⁵³ Pocos Planes admiten esta situación, o al menos, no expresamente. Un único ejemplo, en la disp. trans. 2ª de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones para los Empleados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, Ibercaja* (31 Octubre 2001).

¹²⁵⁴ Sobre estas ideas, vid. VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, op. cit., pp. 298-299.

transitorio, aspecto éste que por lo demás resulta directamente deducible del estudio realizado con anterioridad respecto del ámbito subjetivo - empresas y personal- de dicho régimen. Por un lado, los derechos por servicios pasados derivados de compromisos por pensiones vinculados a las contingencias de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia (art. 8.6 LPFP), asumidos por la empresa con sus trabajadores a la fecha de formalización o modificación del plan de pensiones, incluidos los correspondientes a nuevos compromisos asumidos por la empresa a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 [art. 10.1.a) RICP]. Por otro, las obligaciones contraídas por la empresa con sus jubilados o beneficiarios, cuando la empresa haya instrumentado los compromisos por pensiones con sus trabajadores en un plan de pensiones [art. 10.1.b) RICP]¹²⁵⁵ Por último, cualquier otra fórmula o institución de previsión del personal de una empresa que sea objeto de transformación, disolución o liquidación, procediendo a su integración, total o parcial, de las obligaciones, personas y recursos vinculados a aquéllas en un plan de pensiones del sistema de empleo (art. 10.2 RICP); sin importar que la financiación de la misma no fuera necesariamente a su cargo (art. 10.3 RICP).

B) El plan de reequilibrio: sus características fundamentales

De entrada, cabe decir que la exigencia legal de constitución de un plan de reequilibrio deriva de un reconocimiento previo de los derechos por servicios pasados y, en su caso, de las obligaciones ante jubilados y beneficiarios correspondientes a compromisos por pensiones de las empresas con su personal al amparo de las normas de transición objeto de estudio. Ello significa que para las empresas no resulta obligatorio dicho reconocimiento, de modo que la creación de un plan de pensiones o la modificación del ya existente puede tener en cuenta o no los derechos de que dispone cada trabajador y, en su caso, las prestaciones causadas a jubilados o beneficiarios derivados del instrumento de previsión a

¹²⁵⁵ Hay que recordar que la disp. trans. 1ª de la LPFP (Ley 8/1987) admitía la posibilidad de concertar un seguro para el pago de tales obligaciones, de ahí que algunos planes optaran por esta fórmula. Véanse al respecto, la disp. trans. 6ª del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Petróleo* (Enero 1998) y la disp. trans. 1ª del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de Enagás, S.A.* (Junio 1999) y de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002). Se trata, en suma, del régimen transitorio de integración voluntaria en planes de pensiones de instituciones de previsión existentes a la entrada en vigor de la derogada Ley 8/1987, de 8 de junio, que se mantiene en vigor respecto de las empresas, trabajadores y beneficiarios, y planes de reequilibrio, que se acogieron a dicha disposición (disp. trans. 1ª TRLPFP). Por su parte, otros reglamentos se han decantado por integrar en el plan las obligaciones adquiridas por la empresa con jubilados y beneficiarios. Así, disp. trans. 2ª del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Prensa Española, S.A.*; disp. trans. 4ª de las *Especificaciones del Plan de Pensiones Centra Nuclear Vandellós II, A.I.E.*; disp. adicional 5ª del *Reglamento del Plan de Pensiones de Alcón* y art. 52 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Caja de Ahorros del Mediterráneo* (Septiembre 1999).

extinguir. La disp. trans. 5ª, aptdo. 4º TRLPFP es clara al respecto al advertir que “podrá reconocerse derechos por servicios pasados derivados de compromisos anteriores recogidos expresamente en convenio colectivo o disposición equivalente, o correspondientes a servicios previos a la formalización del plan de pensiones”. En cualquier caso, si la decisión final es la integración en un plan de pensiones de los derechos reconocidos a los trabajadores por servicios pasados, así como las obligaciones de previsión con el personal pasivo, resultará obligado el establecimiento de un plan encargado de la correcta cuantificación y financiación de los derechos y prestaciones.

El acuerdo que permite el reconocimiento de los derechos y obligaciones comentados y que, en consecuencia, da lugar a la formalización del plan de reequilibrio es competencia de la comisión promotora del plan, si éste es de nueva creación, o la comisión de control, si el plan ya estaba constituido (art. 11.1, párrafo 2º RICP). Ahora bien, nada impediría, por otro lado, que la autonomía colectiva pudiera decidir simultáneamente la transformación del sistema de previsión anterior en un plan de pensiones y la integración en el mismo de derechos por servicios prestados y, en su caso, de prestaciones causadas. Tras el acuerdo de los representantes de los trabajadores y la empresa le correspondería a la comisión promotora o a la comisión de control ratificarlo y proceder a su ejecución¹²⁵⁶. En todo caso, en los planes de promoción conjunta sí que se exige obligatoriamente de un pacto alcanzado por cada empresa con los representantes de los trabajadores (art. 11.1, párrafo 5º RICP).

En lo que respecta al contenido del plan de reequilibrio, éste debe recoger tres aspectos fundamentales: por un lado, la valoración de los derechos por servicios pasados y, en su caso, de las obligaciones frente a jubilados y beneficiarios; por otro, el trasvase de fondos constituidos para cubrir los derechos reconocidos y las obligaciones contraídas; por último, y separadamente, la amortización del déficit correspondiente a los mencionados fondos (art. 11.1, párrafo 3º RICP). Estas son, por lo demás, las diferentes fases de elaboración del plan, ya que antes de que se efectúe el trasvase de fondos correspondiente, resulta necesario que, con anterioridad, se haya hecho el cálculo de los derechos económicos y, en su caso, de las obligaciones de previsión. Por ello, el partícipe que se incorpora al nuevo sistema de previsión debe tener garantizada la cobertura financiera suficiente que atienda la cuantía de sus derechos. Una vez reconocida dicha cuantía en concepto de derechos por servicios pasados y constituidos los elementos patrimoniales correspondientes, se imputará la misma a cada partícipe. Del mismo modo, en el caso de los jubilados y beneficiarios, respecto de sus prestaciones ya causadas.

¹²⁵⁶ Es la solución prevista en el *Acuerdo laboral sobre exteriorización del sistema de previsión social en Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.* (21 junio 2002).

Por otra parte, el plan de reequilibrio debe reunir una serie de condiciones mínimas, entre las más importantes, el que debe ser único para cada empresa, integrando todos sus compromisos con trabajadores y, en su caso, jubilados y beneficiarios que pretendan acogerse al régimen transitorio (art. 11.1, párrafo 4º RICP); además de tener que desglosarse, por separado, en sus respectivos planes de trasvase de fondos constituidos y de amortización del déficit correspondientes al personal activo, por un lado, y a los jubilados y beneficiarios, por otro (art 11.1, párrafo 6º RICP). En el caso de los planes de promoción conjunta, el plan de reequilibrio debe formularse también por cada empresa y de incorporar a beneficiarios por prestaciones causadas deberán integrar en el plan, simultáneamente a la incorporación del plan de reequilibrio al mismo, el valor actual actuarial de dichas prestaciones para su adecuada cobertura total mediante contrato de seguro (art. 11.1, último párrafo RICP).

En lo que respecta a la cuantificación de los derechos por servicios pasados y de las obligaciones ante jubilados y beneficiarios, hay que tener en cuenta que ésta debe realizarse individualmente, tomando como fecha de referencia, para los primeros, la establecida en el plan de reequilibrio, no pudiendo ser posterior a la de la formalización o modificación del plan de pensiones y, para los segundos, la fecha de formalización o modificación del plan de pensiones (art. 18.1 RICP)¹²⁵⁷. La valoración de los compromisos u obligaciones puede efectuarse aplicando a todos los empleados, jubilados o beneficiarios, los mismos sistemas financieros y actuariales, métodos de valoración e hipótesis, salvo que medie justificación basada en los términos de cada compromiso, comportamiento de los colectivos afectados u otros factores objetivos (art. 18.2 RICP)¹²⁵⁸.

La cuantificación de los derechos por servicios pasados y, en su caso, de las obligaciones frente a jubilados y beneficiarios dará paso al trasvase de recursos correspondientes, de modo que el plan de reequilibrio debe prever la transferencia de los fondos constituidos. Este plan de transferencia implicará, en primer lugar, el reconocimiento de una cuantía en concepto de derechos por servicios pasados y, en su caso, de obligaciones ante jubilados o beneficiarios, imputándose individualmente a cada partícipe y beneficiario (art. 12.1 RICP) y, en segundo lugar, que no se puedan asignar fondos constituidos al personal activo hasta haber

¹²⁵⁷ Tal y como ha indicado la STSJ Murcia 17 julio 1996 (AS 1996, 3554) la determinación de la apotaciones iniciales no podrán ser modificadas por el mero hecho de que, por sentencia firme posterior, se reconozca a los partícipes el derecho a ostentar una “antigüedad superior a la que la empresa les venía reconociendo en la fecha de adhesión al Plan de Pensiones”.

¹²⁵⁸ Respecto a la determinación del valor de las cuantías a exteriorizar se ha considerado que “se ha hecho con variables (tablas de mortalidad, invalidez, supervivencia; interés técnico...), que en muchas ocasiones no eran las más exigentes desde un punto de vista prudente. Esto ha sido facilitado por la tardanza de la Administración en regular aspectos esenciales de este proceso”. *Vid.* BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, pp. 125-126.

cubierto con tales fondos todas las obligaciones con el personal pasivo (art. 12.1, párrafo 2º RICP). En todo caso, también se prevé la posibilidad de que se produzca un déficit provocado por la diferencia positiva entre el valor reconocido a los derechos por servicios pasados y los fondos previstos para dar cobertura a tales derechos. En este supuesto, el déficit deberá estar individualizado y podrá ser amortizado, previa su adecuada actualización, y según las condiciones que se pacten, mediante dotaciones anuales no inferiores al 5 por 100 de la cuantía total, a lo largo de un plazo no superior a 15 años, contados desde la formalización del Plan de pensiones, siempre que al cumplirse la mitad del período definitivamente establecido en el plan de reequilibrio se haya amortizado la mitad del déficit global (disp. trans. 5ª, aptdo. 4º TRLPFP).

Finalmente, hay que referirse a una cuestión de especial interés referida de igual modo al contenido del plan de reequilibrio, en concreto, al tratamiento de la movilidad de los derechos por servicios pasados pendientes de trasvasar o de amortizar, especialmente en la situación de la extinción de la relación laboral. En principio, ningún problema plantean los derechos por servicios pasados efectivamente financiados e incorporados al plan de pensiones, la duda se suscita en torno a qué opciones caben en relación a los supuestos de aquellos trabajadores que cesen en su empresa sin que sus derechos por servicios pasados estén totalmente amortizados o suficientemente provistos de cobertura financiera. El art. 15.2 RICP establece que será el plan de reequilibrio el que deberá prever el tratamiento de los derechos por servicios pasados pendientes de trasvasar o de amortizar, pero en todo caso “no podrá minorarse el importe de los derechos reconocidos que se correspondan con los fondos constituidos pendientes de trasvase o con el déficit pendiente de amortizar, aunque sí podrá restringirse la movilidad de los mismos”. Por tanto, en estos casos estamos ante un “derecho pleno de crédito del fondo y del partícipe frente al promotor”¹²⁵⁹, por lo que la falta de cobertura financiera de los derechos por servicios pasados no exime al promotor de cumplir con su obligación de realizar las aportaciones pendientes según el plan de reequilibrio, pues el importe de los derechos reconocidos no puede disminuir por el cese de la relación laboral¹²⁶⁰. En todo caso, la responsabilidad de fijar límites a la movilidad se traslada a la comisión correspondiente del plan de pensiones, que deberá optar entre hacer efectivas las aportaciones al tiempo de la extinción del vínculo contractual, desembolsando el importe antes de lo previsto en el plan de reequilibrio, o bien que aún cuando se produzca el cese de la relación laboral el promotor siguiera realizando las aportaciones conforme al plan, permitiendo, por tanto, la movilidad de los derechos en la medida en que se vayan consolidando. Esta última opción es la asumida de

¹²⁵⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de pensiones...”, *op. cit.*, p. 505.

¹²⁶⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, *op. cit.*, p. 155.

forma mayoritaria por las especificaciones contractuales de planes de pensiones¹²⁶¹, de manera que cuando el partícipe solicite el traspaso de sus derechos por servicios pasados a otro plan de pensiones, podrá movilizar inmediatamente aquellos que se encuentren financiados. Del resto, sin cobertura financiera, que hayan sido objeto de solicitud de movilización, la comisión promotora o de control del plan acordará la forma de movilización de éstos, respetando los plazos de amortización establecidos en el plan de reequilibrio. Se trata de una solución que hay que valorar de forma positiva dado que atiende de forma equilibrada a los intereses en juego. Así, en el caso del promotor, le evita realizar un desembolso importante de forma inmediata, pudiéndolo diferir en el tiempo, y para el partícipe, se le garantiza su derecho de crédito para la parte todavía no financiada.

Cuestión a resolver también es el hecho de que se produzca el acaecimiento de la contingencia protegida, por lo que cabe plantearse la posibilidad de anticipar o modificar el proceso de amortización del déficit. La solución más adecuada es la que recogen algunos reglamentos de planes de pensiones que admiten una amortización inmediata de los derechos pendientes de trasvasar en el caso de producirse el hecho causante de alguna de las prestaciones contempladas en el plan¹²⁶².

3.3. Responsabilidad empresarial: el incumplimiento de la obligación de exteriorizar los compromisos por pensiones

Para considerar que se ha producido un adecuado cumplimiento de la obligación legal de exteriorizar resulta necesario evaluar tres aspectos fundamentales de todo este proceso: por un lado, el momento en el cual se atiende al deber de instrumentación, respetando o no el plazo de adaptación señalado legalmente; por otro, la utilización de los medios de instrumentación exigidos por la normativa, ya sea recurriendo a la formalización de un plan de pensiones, a la contratación de un seguro colectivo sobre la vida, o combinando ambos instrumentos; y, por último, el alcance y contenido del plan de pensiones o del contrato de seguro que

¹²⁶¹ Véanse al respecto, entre otros, *Reglamento de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Emtusa*; *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* (14 Junio 2001); *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.*; *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Universidad de Cádiz*; *Reglamento del Plan de Pensiones de Térmicas del Besós* (27 Julio 1998); *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002); *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Enagás, S.A.* y *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de BAT España, S.A.* (20 Diciembre 1994). Por su parte, la disp. trans. 2ª del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.A.* (20 abril 1997) concreta los plazos de transferencia en periodos trimestrales y vencidos constantes hasta la finalización del periodo previsto.

¹²⁶² Así, el núm. 4 de la disp. trans. 4ª de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.*; la disp. trans. 2ª del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Universidad de Cádiz* y disp. trans. 4ª del *Reglamento de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Emtusa*.

exterioricen los compromisos por pensiones asumidos. Por tanto, la adaptación de los derechos de previsión y, en su caso, de las prestaciones causadas a los requerimientos de la disp. adic. 1ª TRLFPF exige de una valoración de todos estos elementos para poder certificar su idoneidad.

En lo que respecta al plazo de instrumentación, resulta obligado distinguir dos situaciones a los efectos de valorar un eventual incumplimiento de la obligación de exteriorizar: la primera, que se correspondería con el supuesto en que los compromisos por pensiones han sido pactados antes del 16 de noviembre de 1999, por lo que en este caso el incumplimiento tendría lugar una vez superado el período transitorio de adaptación, esto es, el 16 de noviembre de 2002; la segunda, que se referiría a los compromisos por pensiones asumidos a partir del 16 de noviembre de 1999, cuyo plazo de exteriorización se inicia con el devengo de su coste, de modo que llegado ese término sin haber procedido a su instrumentación se sanciona el incumplimiento.

En lo que a la utilización de los medios de exteriorización se refiere, resaltar únicamente lo que se comentó en otro lugar acerca de la imposibilidad de utilizar otros mecanismos distintos de los habilitados legalmente, es decir, un plan de pensiones del sistema de empleo, un seguro colectivo de vida, incluido el concertado con una mutualidad de previsión social, o ambos conjuntamente, de modo que no resultará admisible y, en consecuencia, se considerará incumplida la obligación legal de externalización cuando la cobertura de los compromisos por pensiones se lleve a cabo a través de la dotación por la empresa de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de ésta de la titularidad de los recursos constituidos.

De mayor interés resulta la evaluación del grado de correspondencia entre los compromisos pactados y la extensión de la protección que se hace constar en el reglamento del plan de pensiones o en la póliza del contrato de seguro, dado que ello puede determinar una “externalización insuficiente” por defectos de cobertura de los compromisos por pensiones, ya porque cuantitativamente se transformen *in peius*, ya porque únicamente se instrumenten una parte de los mismos¹²⁶³. En ambos casos, tanto con una eventual externalización defectuosa como en otra parcial, estaríamos ante un incumplimiento de la obligación de exteriorizar, y ello pese a que la disp. adic. 1ª, párrafo 1º TRLFPF y el art. 3.1 RICP consideren que “la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán, exclusivamente, a los asumidos en dichos contratos de seguro y planes de pensiones”. En verdad, sólo cuando exista una correcta instrumentación, cualitativa y cuantitativa, de los compromisos por pensiones, la obligación y responsabilidad de la

¹²⁶³ GARCÍA BECEDAS, G.: “La externalización de los compromisos...”, *op. cit.*, p. 265.

empresa por los referidos compromisos por pensiones pactados con el personal podrá circunscribirse, exclusivamente, a los asumidos en dichos contratos de seguro y planes de pensiones. Por el contrario, de existir una inadecuación entre los compromisos pactados y lo estipulado en el plan o en el contrato de seguro, se impone la responsabilidad por aquéllos a los que no se dio cobertura o de los que se hizo de forma defectuosa¹²⁶⁴. Por tanto, no basta con formalizar un plan de pensiones o contratar una póliza de seguro, sino que esos instrumentos tiene que tener una efectividad económica plena, según el contenido del compromiso por pensiones.

A decir verdad, se podría pensar que en el supuesto de los planes de pensiones resulta menos clara la atribución al empleador de dicha responsabilidad, si se tiene en cuenta que la formalización jurídico-definitiva del plan no corresponde *strictu sensu* a aquél sino, como se verá, a la comisión promotora del plan (art. 9.2 TRLPFP). Y es que siendo este órgano, con representación del promotor o promotores y de los trabajadores o potenciales partícipes (art. 9.1 TRLPFP), el encargado de adoptar los acuerdos que estime oportunos para ultimar y ejecutar el contenido del proyecto no parece que deba ser el empresario quién deba asumir la responsabilidad de una formalización defectuosa o parcial. Lo mismo cabe decir cuando es el órgano de supervisión del plan, esto es, la comisión de control, la que introduce con posterioridad modificaciones en el sistema de previsión adoptado. Por tanto, podría sostenerse para estos supuestos que la falta de formalización adecuada del plan por no recoger adecuadamente lo prevenido en el convenio colectivo debe dar lugar a una atribución de responsabilidad distinta de la que tradicionalmente opera con el contrato de seguro colectivo laboral en el que la diferencia entre lo comprometido en el convenio y lo efectivamente contratado con la compañía aseguradora debe ser asumido por la empresa.

Sin embargo, a nuestro juicio, no es ésta la conclusión a la que cabe llegar en este asunto. Con independencia de los aspectos institucionales propios de cada uno de los mecanismos de previsión citados –plan o seguro-, lo cierto es que la asunción por el empresario de un compromiso por pensiones exige de éste la adopción de las cautelas necesarias para que el instrumento elegido se adecue a lo previsto en la fuente de definición de los derechos de previsión (convenio colectivo, acuerdo o iniciativa unilateral). Es, por tanto, el empleador quién debe asegurarse que dicha

¹²⁶⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, *op. cit.*, p. 736; GARCÍA BECEDAS, G.: “La externalización de los compromisos por pensiones...”, *op. cit.*, p. 268; ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.: “Los instrumentos de la previsión social...”, *op. cit.*, p. 264 y AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, *op. cit.*, p. 119. Para YANINI BAEZA la forma más apropiada de resolver esta cuestión, en lo que se refiere al contrato de seguro, es declarar la responsabilidad solidaria del asegurador y el tomador, de modo que ambos “puedan ejercer las acciones a las que se consideren con derecho, y resolver las diferencias ante el orden de la jurisdicción que corresponda, sin merma de los derechos del asegurado o beneficiario...” (“Algunas consideraciones sobre los compromisos...”, *op. cit.*, p. 456).

correspondencia existe, al ser él quien asumió la materialización de dichos compromisos, independientemente de los cauces previstos para ello en cada uno de los mecanismos de exteriorización. No en vano el art. 3.1, párrafo 2º RICP va a exigir que “las especificaciones del plan o el condicionado del contrato de seguro deberán incorporar expresamente, todos y cada uno de los elementos que determinan los compromisos por pensiones vigentes en cada momento, objeto de cobertura por dichos instrumentos, sin que sea admisible la mera remisión a convenios colectivos o disposición equivalente”. Por tanto, se impone una total adecuación de lo prevenido en el plan y lo establecido en la fuente de regulación de los compromisos por pensiones. De no producirse ésta, la adaptación de los citados compromisos asumidos por la empresa a la disp. adic. 1ª TRLPFP no se habrá realizado conforme a las disposiciones establecidas en el RICP, y será el empresario el responsable directo de dicho incumplimiento, sin perjuicio de que éste pueda posteriormente demostrar que no ha sido responsable de la externalización parcial o defectuosa¹²⁶⁵.

Por lo demás, hay una diferencia de matiz importante entre ambos instrumentos en cuanto a las posibilidades de que se pueda dar una externalización insuficiente o defectuosa. Y ello porque el control que se ejerce por los partícipes en el diseño del plan de pensiones hace más difícil el que tenga lugar ésta. Por el contrario, si los compromisos por pensiones se instrumentan a través de un contrato de seguro, será directamente el empresario quien concierte la póliza de seguro con la entidad aseguradora seleccionada sin que exista, en principio, ningún control por parte de los trabajadores. En este caso, aumentan las posibilidades de que el contenido asegurado no se adecue a los compromisos asumidos por la empresa¹²⁶⁶. En cualquier caso, se puede subrayar de manera general que hay en este punto una falta de garantías para un eficaz control en el momento de aprobar el reglamento del plan o la póliza, por más que en los planes de pensiones haya una intervención directa de las partes involucradas. Por ello resulta lógica la reivindicación a estos efectos, de *lege ferenda*, de una adecuada articulación de sistemas de supervisión, en el momento de acudir por vez primera a los instrumentos de exteriorización o –ya pactados- durante su vigencia, que elimine estas disfunciones¹²⁶⁷.

De producirse el incumplimiento de la obligación de exteriorizar, el ordenamiento jurídico prevé la aplicación de una serie de consecuencias jurídicas. Así, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la inobservancia del mandato legal se tipifica como una infracción en materia laboral de carácter muy grave (disp. adic. 1ª TRLPFP y art. 8.15 LISOS),

¹²⁶⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, op. cit., pp. 119-120.

¹²⁶⁶ *Ibidem*, p. 119.

¹²⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, op. cit., p. 737.

sancionándose con una multa, según su graduación, que va desde los 3.005,07 euros a los 90.151,82 euros [art. 40.1.c) LISOS]. Aparte, una vez transcurrido el plazo legal señalado para efectuar la adaptación correspondiente, ya no se va a poder disfrutar de los incentivos fiscales establecidos durante el período transitorio (disp. trans. 5ª TRLRPF), lo que puede suponer un importante perjuicio para trabajadores y empresarios.

Pese a esta reacción de la normativa ante la inobservancia del deber de instrumentación, lo cierto es que puede no ser suficiente la imposición al empresario de una sanción administrativa como medida de protección de los intereses de los trabajadores, ya que con ello no se resuelven los problemas de solvencia empresarial ni se da paso al reconocimiento de una responsabilidad específica a cargo de un tercero, a título solidario o subsidiario, más allá de las pretensiones exigibles conforme al derecho común¹²⁶⁸. Por ello, y con la finalidad de evitar posibles intentos por parte de los empresarios de suprimir los compromisos por pensiones ya asumidos o que se puedan asumir en el futuro sin proceder a su exteriorización, se exige, hasta que tenga lugar el cumplimiento de la obligación, el mantenimiento de “la efectividad de los compromisos por pensiones y el cobro de las prestaciones causadas en los términos estipulados entre la empresa y los trabajadores” (disp. trans. 4ª, aptdo. 1º TRLRPF y art. 4 RICP). Por tanto, lo que la norma establece, con suma claridad, es que el cumplimiento del deber de instrumentación de los compromisos por pensiones en los plazos señalados es condición jurídica indispensable para la pérdida de la eficacia de los mismos, por lo que de no producirse la formalización de un plan de pensiones o la contratación de un seguro colectivo de vida, no habrá desde luego extinción de los mismos¹²⁶⁹.

Ahora bien, dicho esto cabe plantearse si esta garantía de mantenimiento de los compromisos por pensiones en los términos pactados entre la empresa y los trabajadores, en concreto, de los asumidos al tiempo de la entrada en vigor del RICP, trae como consecuencia, por un lado, su vigencia indefinida y, por otro, la inalterabilidad del régimen jurídico aplicable a los mismos mientras no se proceda a la externalización¹²⁷⁰. Con

¹²⁶⁸ VILLA GIL, L. E. de la: *Pensiones privadas...*, *op. cit.*, p. XXXVI.

¹²⁶⁹ Como se ha dicho, “el incumplimiento de la obligación de externalizar no produce la extinción automática e *ipso iure* de las obligaciones de previsión preexistentes”. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 186. En idéntico sentido, CASTRO ARGÜELLES, M. A.: “La reforma de los planes...”, *op. cit.*, p. 947. El problema, como se recordará, es cómo resolver aquella situación en la que el trabajador ve extinguida su relación laboral antes de que tenga lugar la exteriorización obligatoria de los compromisos por pensiones, una vez superado el plazo legalmente determinado. En una interpretación no exenta de dificultades la STSJ Cataluña 13 septiembre 2005 (AS 2005, 3713) sostiene que, a partir de la entrada en vigor de la obligación de externalización, el derecho comprometido y gestionado a través de un fondo interno deja de ser una expectativa de derecho para integrarse plena y económicamente en el patrimonio del extrabajador.

¹²⁷⁰ Para GARCÍA BECEDAS, G.: “La externalización de los compromisos por pensiones...”, *op. cit.*, p. 264, el incumplimiento de la obligación *ex lege* de exteriorización “supone el mantenimiento indefinido de las mejoras (“se mantendrá la efectividad de los compromisos por pensiones y el cobro de las

respecto a la primera de las cuestiones, parece lógico considerar que lo pretendido por el legislador, al proclamar el mantenimiento de la efectividad de los compromisos asumidos más allá del plazo de exteriorización, es evitar la cancelación de los sistemas de previsión estipulados como consecuencia de la inacción del empresario responsable de dar cumplimiento a la obligación legal de exteriorización. Por ello, y una vez transcurrido el plazo legal sin que tenga lugar la adaptación de tales compromisos, se declara el mantenimiento indefinido de la vigencia de los derechos y obligaciones de previsión en los términos acordados en la fuente de implantación. No entenderlo así, supondría dejar al albur del empresario el cumplimiento de la obligación de previsión voluntaria¹²⁷¹. Por tanto, lo que se protege con esta medida es que el incumplimiento de la externalización no deje sin efecto los compromisos por pensiones asumidos, de modo que éstos no se extinguen sino que se mantienen intactos hasta que sean exteriorizados. Se trata de proteger a los trabajadores de eventuales medidas unilaterales adoptadas por el empresario al objeto de dejar sin efecto los compromisos adquiridos. Ahora bien, cuestión distinta es admitir la intangibilidad, congelación o petrificación de los compromisos por pensiones asumidos¹²⁷², de modo que resulten inaplicables los artículos 82.4 y 86.4 ET¹²⁷³. Nada impediría, en realidad, una eventual modificación, reducción o supresión de los compromisos por pensiones objeto de cobertura a través de fondos internos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 TRLGSS¹²⁷⁴, y ello pese a la evidencia contrastada en la práctica del indeseable fenómeno de las “ofertas de compra de derechos”¹²⁷⁵. Por cierto, la misma garantía de mantenimiento del compromiso por pensiones en los términos pactados entre empresario y trabajadores se aplica cuando se asuman nuevos

prestaciones causadas”) y una intangibilidad de las mismas (“en los términos estipulados”). En idéntico sentido, LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Civitas, Madrid 1998, p. 556 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 590.

¹²⁷¹ Así lo han entendido MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional...”, *op. cit.*, p. 735.

¹²⁷² Se trata de “evitar que, con base a la obligación de externalización de los compromisos, o por tal causa, dada su mayor onerosidad, se supriman o modifiquen los compromisos pactados”. *Vid.* STSJ País Vasco 2 noviembre 1999 (*AS* 1999, 4211).

¹²⁷³ El art. 82.4 ET establece que “el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio”. Por su parte, el art. 86.4 ET señala que “el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que se expresamente se mantengan”.

¹²⁷⁴ Para VALDÉS DAL-RÉ, lo que se prohíbe es “que el empresario pretenda adoptar medidas unilaterales que, amparadas en la reordenación financiera de tales fondos, comporten efectos extintivos del sistema de protección” (Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva concesiva: los términos de un debate”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pp. 47-48). En idéntico sentido, ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.: “Los instrumentos para la previsión...”, *op. cit.*, p. 263; VV. AA. (Montoya Melgar, A. coord.): *Curso de...*, *op. cit.*, p. 227; AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, *op. cit.*, p. 122.

¹²⁷⁵ Sobre el mismo, en CC. OO.: *La exteriorización de los compromisos...*, *op. cit.*, p. 173.

compromisos y, llegado el momento en que se inicie el devengo de su coste, no tenga lugar la exteriorización correspondiente.

3.4. Valoración crítica del régimen obligatorio de exteriorización como medida de protección de los intereses de los trabajadores

Tal y como decíamos en la parte introductoria de este capítulo, el mandato legal de la exteriorización de los compromisos por pensiones se constituía como una medida de garantía eficaz de los derechos de pensión complementaria. La imposición del principio de externalización *ex lege* a través de la Ley 30/1995 trataba de hacer frente al riesgo de insolvencia del empleador obligándole a desplazar los recursos patrimoniales de previsión a un fondo externo y separado de la empresa. Pues bien, visto el proceloso régimen jurídico del proceso exteriorizador, predispuesto de forma más concreta en el RICP, momento es de analizar críticamente el principio estructural de instrumentación de los compromisos por pensiones a través de un plan de pensiones o un contrato de seguro, o de ambos alternativa o conjuntamente, como medida de garantía suficiente para el mantenimiento del sistema de previsión con independencia de las vicisitudes empresariales. Esta valoración final, como forma de evaluar la idoneidad de la exteriorización en el sistema de garantías de las pensiones privadas, debe tener en cuenta el mandato contenido en el art. 8 de la Directiva 80/987/CE, de modo que se trata de comprobar, al mismo tiempo, en qué medida el régimen obligatorio de externalización conlleva una adecuada transposición de la norma comunitaria.

De entrada, hay que decir que la prohibición como regla general de constituir fondos internos de previsión social en el pasivo del balance de las empresas y la consiguiente obligación de instrumentar los compromisos empresariales de previsión a través de fondos externos sintoniza perfectamente con el sistema de garantías que a los Estados miembros obliga a establecer el art. 8 de la Directiva 80/987/CE¹²⁷⁶. Este precepto exige la adopción de “las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que hayan dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en los que se refiere a sus derechos adquiridos o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de supervivientes, en virtud de los sistemas complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan, independientemente de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social”. En consecuencia, parece que con el desplazamiento patrimonial de los recursos afectos a los fines de previsión a favor de entidades externas a la empresa encargadas de su gestión se cumple el

¹²⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 187.

mandato comunitario, dado que con esa medida se permite salvaguardar la subsistencia de los mismos respecto a una eventual situación económica negativa de la organización productiva. Baste recordar que en el caso de los planes de pensiones los acreedores de los fondos no podrán hacer efectivos sus créditos sobre los patrimonios de los promotores de los planes y de los partícipes, cuya responsabilidad está limitada a sus respectivos compromisos de aportación a sus planes de pensiones adscritos (art. 12.1 LPFP). Por el contrario, los fondos internos constituidos por las empresas para dar cobertura a los compromisos por pensiones pactados, al no constituir un patrimonio separado y mantener el empresario la titularidad de los mismos, correrán la misma suerte que el resto del patrimonio empresarial en caso de insolvencia. Por tanto, la apuesta legal en favor de la creación de fondos externos a las empresas es, sin lugar a dudas, un mecanismo adecuado para dotar de mayores garantías a los sistemas de previsión privados frente a las crisis empresariales como a las posibles conductas manipulativas de los empleadores y, por consiguiente, sirve a la finalidad pretendida por la Directiva 80/987/CE.

Ahora bien, aún cuando desde un punto vista formal se podría considerar que con la prohibición de los fondos internos y la consiguiente exteriorización de los compromisos por pensiones se da cumplimiento a lo previsto por la norma comunitaria, dado que parece no imponerse una verdadera garantía de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, sino más tímidamente la de “proteger los intereses” de los afectados, reduciéndose el grado del compromiso de carácter público en punto a garantizar la efectividad de los derechos¹²⁷⁷, lo cierto es que del análisis del régimen jurídico de los instrumentos válidos para llevar a cabo la externalización se deducen importantes carencias en orden a alcanzar la garantía real de los compromisos asumidos por una empresa¹²⁷⁸.

Por un lado, hay que recordar que los partícipes del plan, como titulares de las aportaciones realizadas, asumen el riesgo de la inversión de los recursos patrimoniales integrados en el fondo de pensiones, siendo su adecuada administración lo que permitirá satisfacer sus pretensiones, de modo que de producirse desviaciones de los cálculos actuariales y de rentabilidad en las inversiones realizadas serán ellos los que deberán

¹²⁷⁷ RIVERO LAMAS, J.: “Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núms. 8 y 9, 1988, p. 464. En la misma línea, LOPERA CASTILLEJO, M. J.: “La Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 78. Por el contrario, para GONZALO GONZÁLEZ, hay una preferencia de la norma comunitaria a favor del “establecimiento de instituciones públicas de garantía creadas al efecto (financiadas con fondos públicos y administradas por entidades de Derecho público)” (“Garantía pública de las pensiones privadas de Seguridad social complementaria: la no transposición de la Directiva 80/987/CEC, y las posibilidades para su aplicación judicial inmediata o directa”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, p. 218).

¹²⁷⁸ Basta recordar el supuesto de hecho enjuiciado en la STS 25 febrero 1999 (*RJ* 1999, 2604).

soportar sus consecuencias¹²⁷⁹. Es más, en modo alguno queda garantizado el cobro de las prestaciones previstas en el supuesto de que se produzca una situación de insolvencia del fondo de pensiones, ya que tan sólo se faculta al plan a que prevea la contratación de seguros, avales u otras garantías (art. 8.2 TRLPFP), lo que tampoco implica la imposibilidad de que aquella situación, finalmente, tenga lugar¹²⁸⁰. Por su parte, en los contratos de seguros, aún cuando se ha previsto una institución de garantía, como es el Consorcio de Compensación de Seguros (art. cuatro Ley 21/1990), tampoco quedan garantizados los compromisos por pensiones pactados de producirse una situación de insolvencia de la entidad aseguradora, ya que dicha institución no da cobertura a la modalidad de seguro de vida, que es precisamente la prevista para dar cumplimiento a la obligación legal de exteriorización. De todo ello resulta el hecho cierto de que ni con los planes y fondos de pensiones ni con el contrato de seguro quedan efectivamente garantizados o asegurados los derechos de pensión privada ante eventuales situaciones de insolvencia de las entidades encargadas de su gestión.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que los derechos de pensión complementaria de los trabajadores en activo pueden verse frustrados si por razón de insolvencia el empresario no realiza las correspondientes aportaciones al plan. Por el juego del principio de irrevocabilidad de las aportaciones contenido en el art. 5.1.c) TRLPFP el empresario viene obligado a contribuir económicamente al plan, pero ello no garantiza “per se” la continuidad de las contribuciones en situaciones económicas adversas. Lo mismo cabe decir si el empresario no abona la correspondiente prima del contrato de seguro, quedando liberada la compañía aseguradora de su obligación (art. 15 LCS). Además, hay que recordar que la protección de los derechos de previsión social voluntaria de los trabajadores en los supuestos de insolvencia empresarial, plantea numerosas dificultades, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal¹²⁸¹.

Por ello, y aún cuando no sea el riesgo por insolvencia de las instituciones encargadas de articular los compromisos por pensiones lo que la Directiva 80/987/CE pretenda preservar, sino más bien el de la empresa que tenga reconocidos compromisos por pensiones con sus trabajadores¹²⁸², lo cierto es que ello no impide considerar que exista una transposición de la norma comunitaria insuficiente y parcial para alcanzar los más ambiciosos

¹²⁷⁹ Vid. LA CASA GARCÍA, R.: *Los Fondos...*, *op. cit.*, p. 182.

¹²⁸⁰ LUQUE PARRA, M.: “La insolvencia de los planes...”, *op. cit.*, pp. 431-432.

¹²⁸¹ Vid. un ejemplo de esta cuestión en MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Complementos de pensiones de jubilación, suspensión de pagos y convenio colectivo, (Comentario a la STS 4ª de 25 de febrero de 1999)”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1999, pp. 830-836.

¹²⁸² VAL TENA, A. L. de: *La exteriorización de los...*, *op. cit.*, p. 193 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 78.

objetivos garantizadores que aquélla persigue¹²⁸³. Es cierto que las exigencias que incorpora la norma comunitaria son poco precisas, ya que no se concretan las medidas que deben ser adoptadas para proteger los intereses de previsión de los trabajadores¹²⁸⁴. Ahora bien, el hecho de que no se hayan previsto ni se obligue a los Estados miembros a disponer de mecanismos específicos garantizadores de los derechos de previsión no debe hacernos olvidar que lo que se pretende en todo momento es que el Estado se asegure de que los trabajadores tienen garantizado el cobro de los compromisos por pensiones asumidos por la empresa en caso de insolvencia de ésta¹²⁸⁵. Sin a lugar a dudas, la Directiva comunitaria obliga, dentro de un criterio de aplicación ciertamente flexible, a establecer mecanismos de protección plenamente eficaces para la protección de los derechos de pensión complementaria¹²⁸⁶.

Por ello, y dado que en la práctica la insolvencia de empresa, a pesar de la regla general de la prohibición de los fondos internos, puede suponer la desprotección de los partícipes y beneficiarios, se ha planteado, de *lege ferenda*, la necesidad de instituir un aseguramiento obligatorio de las pensiones privadas, bien a través de la contratación obligatoria de seguros (reaseguro) de las prestaciones, o bien, mediante la creación de un Fondo de Garantía de compromisos por pensiones a cargo de los empresarios promotores como forma de autoaseguramiento público de la responsabilidad¹²⁸⁷. Tan sólo a través de la implantación de estos

¹²⁸³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El marco de referencia: los planes...”, *op. cit.*, p. 40. En sentido similar, REY GUANTER, S. del, y GALA DURÁN, C.: “Protección social y negociación...”, *op. cit.*, 284; AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas...*, *op. cit.*, p. 37; LUQUE PARRA, M.: “La insolvencia de los planes...”, *op. cit.*, p. 440 y FUENTE LAVÍN, M. de la: *El sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 397.

¹²⁸⁴ Ya se encargó de indicarlo el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 2145/1994, de 22 de diciembre, al considerar que el artículo 8 de la Directiva 80/987/CE “no obliga al Estado miembro a adoptar una medidas concretas y determinadas. Lo deja a su prudente arbitrio. Ni siquiera menciona la vía de los fondos externos a diferencia de lo que establece en el artículo 5, para las instituciones de garantía salarial”, al exigir que el patrimonio de las instituciones deberá ser independiente del capital de explotación de los empresarios, (*Recopilación de Doctrina Legal 1994*, BOE, 1995, p. 1547).

¹²⁸⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁸⁶ Como se ha señalado, “la prohibición de los fondos internos contribuye, desde luego, a otorgar seguridad al sistema previsor pero no protege plenamente los intereses de pensión. Los seguros colectivos o los planes de pensiones, exigen el mantenimiento continuado de las obligaciones empresariales de contribución o aportación, las cuales pueden dejar de realizarse en las situaciones de insolvencia empresarial. En tal caso los partícipes del plan no verán satisfechas las prestaciones convenidas asumiendo en su propia esfera jurídico-patrimonial las consecuencias de una capitalización insuficiente de las aportaciones de provisión. La medida de exteriorización no resulta, así, una garantía suficiente”. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos...”, *op. cit.*, p. 57.

¹²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 56-57. Para AGUILERA IZQUIERDO, “debería obligarse a todos los planes y fondos de pensiones a asegurarse sin que dicho aseguramiento fuera potestativo como en la actualidad. Y, en segundo lugar, y dado que el Fondo de Compensación de Seguros no responde en caso de insolvencia de la entidad aseguradora cuando se trata de seguros de vida, debería ordenarse algún tipo de protección en esos casos como podría ser la obligación de que las entidades aseguradoras que cubran seguros de vida o aseguren planes y fondos de pensiones conciertan un contrato de reaseguro que cubra el riesgo de surgimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador” (*Pensiones Privadas...*, *op. cit.*, p. 41).

mecanismos de carácter reforzado se lograría garantizar adecuadamente los compromisos por pensiones con independencia de la solvencia financiera de los fondos o de las entidades aseguradoras y la mayor o menor diligencia del empresario en el cumplimiento de sus obligaciones de contribución.

Igualmente, cabe preguntarse si la posible pervivencia de los fondos internos en determinados supuestos es una medida que protege eficazmente los intereses de previsión de los trabajadores y, por ende, si resulta conforme a los términos de la Directiva 80/987/CE. De inicio, hay que apuntar que el TRLFPF, y anteriormente la LOSSP (Ley 30/1995), considera que las tres figuras a las que se refiere (fondos de pensiones, fondos internos y seguros colectivos de vida) son funcionalmente neutras en orden a alcanzar el mismo fin¹²⁸⁸, que no es otro que el de “proteger los intereses de los trabajadores asalariados 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 este, 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” (art. 8 Directiva 80/987/CE). Ahora bien, para que realmente los tres instrumentos sean equiparables deberían ofrecer un resultado similar en cuanto a la protección dispensada a los trabajadores, o lo que es lo mismo, que el grado de seguridad técnica y jurídica ofrecido por aquéllas fuese intercambiable¹²⁸⁹. Sin embargo, esto no es así, ya que el mantenimiento de fondos internos en las entidades a las que alude la disp. trans. 4ª, aptdo. 2º TRLFPF no son una alternativa que garantice siempre que en caso de insolvencia del empresario aquellos fondos no se vean afectados por dicha situación, de conformidad con los principios de responsabilidad universal por deudas y unidad del patrimonio *ex art. 1911 CC*. Tampoco el hecho de que la actividad de estas entidades se someta a un riguroso control podría impedir que los fondos internos de previsión social constituidos se vieran afectados por una crisis empresarial que diera al traste con los sistemas de previsión pactados¹²⁹⁰. Por ello, cabe considerar que dichos fondos internos no ofrecen garantías suficientes para

¹²⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 64.

¹²⁸⁹ SEGURA del POZO, C. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Fondos internos de pensiones...”, *op. cit.*, p. 155.

¹²⁹⁰ En cuanto se refiere a la garantía frente a la insolvencia empresarial, señala TAPIA HERMIDA, que, “si bien es cierto que el régimen especial de las entidades citadas reduce aquel riesgo al existir mecanismos preventivos, también lo es que dicho régimen no excluye el supuesto de hecho de la insolvencia de dichas entidades, como lo demuestran las alusiones de la normativa específica a las declaraciones de suspensión de pagos o de quiebra de las mismas” (“Los fondos internos de previsión social de las entidades financieras”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 82, 2001, pp. 195-196).

la efectiva realización de los compromisos por pensiones¹²⁹¹ y, en consecuencia, contravienen el art. 8 de la Directiva 80/987/CE¹²⁹².

Además, resulta en todo punto rechazable el régimen singular de las entidades de crédito, aseguradoras y sociedades y agencias de valores, que aunque excepcional y transitorio no por ello deja de plantear problemas de desigualdad de trato¹²⁹³, ya que los trabajadores que cesen anticipadamente en la empresa y que tengan cubiertos sus compromisos por pensiones a través de un plan de pensiones o de un contrato de seguro tienen garantizada la posibilidad de movilizar o conservar sus derechos económicos. Por el contrario, si se opta por dar cobertura a los compromisos a través de fondos internos se les niega a los trabajadores que extingan su contrato de trabajo con anterioridad al momento en que se produzca el hecho causante de la contingencia protegida el derecho de rescate o transferencia¹²⁹⁴. Una desigualdad que, además, tiene lugar en un

¹²⁹¹ Algo que ya fue tempranamente apuntado por MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 188. En idéntico sentido, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 79.

¹²⁹² En contra, VAL TENA, para quién “el trámite previo de autorización y la posterior supervisión administrativa, junto al control riguroso de la actividad de estas empresas en el mercado, son –en su conjunto– medidas *a priori* suficientes para proteger los intereses de los trabajadores y beneficiarios en la línea que exige en artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE” (*La exteriorización de los...*, op. cit., p. 198). Para el Tribunal Supremo el régimen excepcional aplicable a entidades financieras, aseguradoras y sociedades y agencias de valores no es contrario al ordenamiento comunitario, ya que la Directiva 80/987/CEE deja libertad a los diferentes Estados, en primer lugar, para elegir los instrumentos adecuados para conseguir la finalidad que impone la norma, bien sean fondos de pensiones o cualesquiera otros; en segundo lugar, para elegir la aplicabilidad de unos u otros instrumentos a los diferentes sectores económicos; y, en tercer lugar, se está refiriendo a los derechos adquiridos o en curso de adquisición por los trabajadores en virtud de lo establecido en el título de constitución, y no a meras expectativas [STS Cont.-Adm. 16 enero 2002 (RJ 2002, 9947)]. En parecidos términos, la STS Cont.-Adm. 20 abril 2006 (RJ 2006, 2422). Un análisis de la misma en VAL TENA, A. L. de: “El RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones: ¿un exceso ultra vires?”, *Aranzadi social*, núm. 11, 2006 y VAL ARNAL, J. J. de: “Los fondos internos de pensiones o la Guerra de los Treinta Años. La STS C-A., Sala 3ª, Sección 3ª, de 20 de Abril del 2006 (RJ 2006, 2422). Una Sentencia más que no resuelve el verdadero problema. ¿De quién son las aportaciones del empresario?”, *Aranzadi social*, núm. 11, 2006.

¹²⁹³ Una diferencia de trato “injustificada o irrazonable que el legislador debía haber previsto en su momento exigiendo a todas las empresas la externalización para evitar que se generase una situación en que los trabajadores tuviesen más o menos derechos frente a sus empresarios en razón de la técnica de previsión utilizada”. Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Compromisos por pensiones: efectos de la excepción de la obligación de externalización”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2001, p. 22 y AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, op. cit., p. 94. Recordar que el Tribunal Supremo rechazó la contradicción con el principio constitucional de igualdad ante la Ley y, más específicamente, con el de no discriminación previsto en el artículo 8.6 LPFP que podría producirse en los colectivos de las entidades financieras que mantienen fondos internos, ya que “igualdad no es uniformidad” y por ello son admisibles las diferencias que se realicen en función del sector de actividad, la fecha de contratación, o por la exclusión de los compromisos con posterioridad como consecuencia de fusiones entre empresas, [STS (Cont.-Adm.) 16 enero 2002 (RJ 2002, 9947)]. Vid. en el orden social la STS 14 octubre 2003 (RJ 2003, 6408) y la STSJ Madrid 27 diciembre 2002 (AS 2002, 1571).

¹²⁹⁴ Es de sobras conocida la doctrina sentada por la STS 31 enero 2001 (RJ 2001, 2137) en la que se reconoce a los trabajadores la opción de movilizar sus derechos económicos en el supuesto de que cesen anticipadamente en la empresa, aún en el caso de tratarse de fondos internos. Esta decisión dio lugar a una oleada de litigios en demanda de idéntico tratamiento para los compromisos de pensiones establecidos como mejoras voluntarias en diversos convenios, entre ellos, señaladamente el de la Banca Privada. Tras la adopción de soluciones contrapuestas en la doctrina de suplicación, unas, las menos, que siguen la orientación de la STS 31 enero de 2001, entre otras la STS 6 junio 2003 (AS 2003, 2584); otras, las más,

doble plano, *ad intra*, entre los diferentes derechos que en materia de compromisos por pensiones tengan pactados distintos grupos dentro de una misma entidad, y *ad extra*, respecto de los trabajadores de otros sectores que también se beneficien de sistemas de previsión empresarial¹²⁹⁵. A ello hay que añadir el que se produzca un enriquecimiento injusto en todos aquellos supuestos en los que la empresa es quien posibilita el cese del trabajador, como por ejemplo, mediante un despido disciplinario declarado improcedente con posterioridad en sede administrativa o judicial¹²⁹⁶ o, también, las importantes implicaciones en cuanto al principio comunitario de libre circulación de trabajadores¹²⁹⁷. Precisamente, son estos problemas, junto con otro tipo de consideraciones, lo que muy probablemente ha motivado que las entidades de crédito –y en menor medida, aseguradoras, sociedades y agencias de valores– hayan preferido exteriorizar sus compromisos por pensiones¹²⁹⁸.

que se apartan de su doctrina, entre otras, SSTSJ Murcia 13 enero 2003 (*AS* 2003, 467); Madrid 19 diciembre 2002 (*AL* 2002, 303); Cataluña 12 junio 2002 (*AS* 2002, 2493) y 16 enero 2002 (*AS* 2002, 1168); finalmente, se han venido sucediendo respuestas jurisprudenciales en unificación de doctrina que limitan el reconocimiento de derechos económicos al reglamento de previsión del supuesto enjuiciado en la STS 31 enero 2001, y a otros similares a éste, negándose tal posibilidad a las mejoras establecidas en el art. 36 del XVII Convenio Colectivo de la Banca Privada. *Vid.* SSTS 2 mayo 2003 (*RJ* 2003, 5205); 17 septiembre 2003 (*RJ* 2003, 8935); 30 septiembre 2003 (*RJ* 2003, 7373); 1 octubre 2003 (*RJ* 2003, 7374); 5 y 10 noviembre 2003 (*RJ* 2003, 8954 y 8955); 11 febrero 2004 (*RJ* 2004, 2211). Un análisis de esta jurisprudencia en MARTÍN VALVERDE, A.: “Jurisprudencia social sobre planes...”, *op. cit.*, pp. 26-29; GARCÍA VIÑA, J.: “De nuevo sobre el derecho de los trabajadores a rescatar los fondos internos de pensiones”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2003, pp. 21-33; VAL TENA, A. L. de: “Compromiso por pensión garantizado mediante “fondo interno”: ¿se reconocen derechos adquiridos en el caso de extinción de la relación laboral antes de acceder a la contingencia protegida?”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2003, pp. 15-21, y TAPIA HERMIDA, A.: “Evolución jurisprudencial sobre los fondos internos de previsión social en las entidades de crédito”, *Revista Española de Seguros*, núm. 110, 2002, pp. 261-279.

¹²⁹⁵ VAL TENA, A. L. de: *La exteriorización de los...*, *op. cit.*, p. 198.

¹²⁹⁶ *Vid.* GIL PLANA, J. y MARTÍN MANZANERO, V.: “Compromisos por pensiones: derechos en curso de adquisición y disponibilidad”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, p. 76. En idéntico sentido, SEGURA del POZO, C. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Fondos internos de pensiones...”, *op. cit.*, p. 157. Resulta significativa la STSJ Cantabria 23 julio 2003 (*AS* 2004, 1243) para quién “en todos aquellos supuestos en los que la empresa es quién pone en marcha o posibilita la extinción del contrato, como por ejemplo, mediante un despido disciplinario que posteriormente reconoce como improcedente en sede administrativa o es declarado improcedente en sede judicial, se podría estar incurriendo por parte de la empresa (...) en un abuso de derecho y/o enriquecimiento injusto (...)”.

¹²⁹⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, *op. cit.*, p. 84. Para esta autora, “la posibilidad de mantener fondos internos priva a los trabajadores de estas entidades de los derechos de movilidad, e incluso de control y gestión de los fondos destinados a cubrir sus futuras pensiones, lo que no sólo puede ser contrario al principio de libre circulación de trabajadores, sino que puede crear una situación discriminatoria entre los trabajadores de dichas entidades en función de que ejerzan o no dicha libertad de desplazamiento a otro Estado de la Comunidad” (*Ibidem*, p. 94). En idéntico sentido, BIURRUN ABAD, F. J.: “El derecho de los trabajadores al rescate de los fondos de pensiones de La Caixa al amparo del derecho comunitario”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2000, p. 89. Las SSTSJ Asturias 14 febrero 2003 (*AS* 2003, 2152) Cantabria 23 julio 2003 (*AS* 2004, 1243) y 24 mayo 2004 (*AS* 2004, 1927) postulan, igualmente, la vulneración del principio de libertad de circulación en el caso de los fondos internos de las entidades citadas.

¹²⁹⁸ *Vid.* CALONJE CONDE, M. y RUIZ ECHAURI, J.: “Los compromisos por pensiones de las entidades de crédito: su tratamiento jurisprudencial y su regulación por el Banco de España”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 94, 2004, p. 196.

Aunque se volverá sobre esta cuestión en otro lugar, cabe decir finalmente que no parece que el régimen jurídico descrito ante una situación crítica de insolvencia empresarial pueda acomodarse perfectamente a la exigencia de la Directiva de que los Estados “adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores”, de modo especial en el supuesto de la pervivencia excepcional de los fondos internos en determinados casos. Reténgase que la Directiva impone la protección no sólo de los derechos adquiridos, sino también de los derechos en curso de adquisición. En cualquier caso, cabe recordar la vía de la responsabilidad indemnizatoria del Estado por defectuosa transposición de los mandatos comunitarios.

V. FORMALIZACIÓN JURÍDICA DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO

El objeto del presente apartado no es otro que el análisis del proceso jurídico constitutivo de los sistemas privados de pensiones en la modalidad de empleo. Se trata de desarrollar el esquema fundacional que tiene lugar en estos mecanismos y de estudiar el modo en que se lleva a cabo su instrumentación, lo que implica distinguir necesariamente dos fases en el proceso de implantación final de este tipo de planes: por un lado, la formalización de los sistemas de previsión empresariales requiere de un acuerdo anterior constitutivo de los derechos y obligaciones de protección social y, por otro, una vez existente el acuerdo o la decisión de instituir un sistema de previsión, se debe poner en marcha el procedimiento para la aprobación efectiva del plan.

Son dos etapas sustancialmente distintas, como luego veremos, dado que en la primera se pone de manifiesto el principio de voluntariedad institucional (arts. 41.1 CE y 2.1 TRLPFP), al que aludíamos en otro lugar, haciendo referencia al modo en que debe quedar instituido el régimen o sistema de pensiones complementarias, lo que significa que su creación será fruto de un acto o negocio jurídico emanado de la autonomía privada. La implantación de los planes de pensiones se deriva de la iniciativa de los particulares que en su deseo de obtener unas prestaciones a largo plazo complementarias o autónomas del sistema de Seguridad Social deciden impulsar su creación¹²⁹⁹. En concreto, el compromiso de instituir la medida de previsión correspondiente se caracterizará por ser el resultado tanto de un proceso de negociación colectiva como de la libre iniciativa del empleador¹³⁰⁰. En el primer caso, la creación del plan revestirá un carácter

¹²⁹⁹ Como ha podido decir TURSI, se trata del “modo en que autonomía privada y previsión social interaccionan” (“La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche complementari”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, op. cit., p. 262).

¹³⁰⁰ En el caso francés, se han subrayado cinco fuentes posibles de implantación de medidas de previsión social complementaria, según lo previsto en el artículo L. 911-1 del Code de la Sécurité sociale: las que

obligatorio en cuanto que el compromiso de implantación del instrumento de previsión emana de un mecanismo formal de expresión de la autonomía colectiva. En el segundo caso, la implantación del plan es optativa mirado del lado del empleador.

Por su parte, en la segunda etapa de formalización jurídica del instrumento de previsión vía plan de pensiones, el cauce procedimental para su creación es objeto de una reglamentación jurídica al que deben someterse las partes interesadas. En el caso de que la implantación del plan derive del compromiso surgido de la negociación colectiva, ésta habrá sido el motor impulsor del plan (a la vez que instrumento colectivo delimitador de los términos de su contenido), pero ya desde este instante una vez que se inician los trámites legales para su promoción y aprobación efectiva, los requisitos para su instauración se independizan parcialmente del instrumento colectivo que motivó su implantación. En esta segunda parte se hace patente el principio de voluntariedad individual, que haría alusión a aquéllos otros aspectos de la institución de previsión en los que entra en juego la libertad desde una perspectiva puramente subjetiva. En concreto, nos referimos al modo en que el diseño del plan de pensiones regula jurídicamente una eventual libertad individual del partícipe como manifestación del principio de voluntariedad de estas instituciones.

Además, con la distinción realizada se ponen de relieve las distintas fuentes configuradoras de los sistemas privados de pensiones en el ámbito profesional. Así, con el compromiso de pensiones negociado colectivamente o fruto de la iniciativa privada del empleador se realiza la composición de intereses de los sujetos implicados en la constitución del plan, lo cual se lleva a cabo con la definición de los derechos y las obligaciones de los participantes. Ello supone reconocer, en esta primera parte, una fuente institutiva de ordenación de los intereses de previsión. Por otro lado, la aprobación final del plan, como contrato colectivo de previsión, da cumplimiento a lo establecido en el pacto formal de creación –convenio colectivo, decisión del empleador, etc.- pero se erige, al mismo tiempo, en fuente de regulación de los derechos de previsión. Indudablemente, la conexión entre la fuente de definición de los derechos en materia de previsión social voluntaria y el instrumento de desarrollo y regulación de los mismos va a resultar trascendental como se verá, especialmente cuando el plan de pensiones tenga su origen en sede convencional¹³⁰¹.

derivan de disposiciones *legislativas* o *reglamentarias*, las que son objeto de contratación vía *convenios* o *acuerdos colectivos*, las aprobadas mediante un *referéndum* o las que son fruto de la *decisión unilateral* del empleador. *Vid.* MORVAN, P.: “Protection sociale d’entreprise: droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration”, *Droit Social*, núm. 3, 2006, p. 279.

¹³⁰¹ Este dualismo en el procedimiento formativo del plan/fondo resulta similar (aunque no idéntico) al previsto en el ordenamiento italiano al distinguir éste entre una fuente institutiva y otra constitutiva. La primera, vendría referida al instrumento negocial, colectivo o diverso anterior a la constitución del fondo

Finalmente, y antes de abordar cada uno de los aspectos implicados en la fase de constitución del plan y en la de creación efectiva del mismo, conviene llamar la atención acerca de la arquitectura jurídica que resulta de la existencia de distintos negocios vinculados funcional y causalmente. Así, previo a la elaboración del plan ha sido necesario un acuerdo de previsión adoptado en el seno de la negociación colectiva o fruto de la decisión del empleador. En virtud del mismo tiene lugar el proceso de promoción y creación del plan de pensiones propiamente dicho, con el cuál se procederá a la incorporación o adhesión de los partícipes, que no son otros que las personas con contrato de trabajo (o vinculación funcional/estatutaria o relación asociativa) con el promotor. De este modo, como se puede comprobar, se van sucediendo distintos contratos a lo largo de la vertebración jurídica del sistema-plan. Por un lado, la contratación laboral sirve de base a la contratación de previsión en que se resuelve y se materializa el régimen de previsión empresarial. Por otro, el acuerdo formal de creación del plan de pensiones –colectivo o individual- sirve de enlace entre el contrato de trabajo y el contrato colectivo de previsión. Por tanto, se puede advertir una articulación funcional y causal entre distintos negocios jurídicos, los cuáles adquieren la fisonomía jurídica de negocios coligados¹³⁰², ya que no hay un único contrato, sino una pluralidad coordinada de contratos, aún cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica de previsión unitaria y compleja. Reténgase que la conexión contractual entre los distintos negocios jurídicos –contrato de trabajo, convenio y plan- se manifiesta en el sentido en que las vicisitudes que afectan a un contrato –invalidez, ineficacia, resolución- pueden repercutir sobre el otro o sobre los otros¹³⁰³.

1. Las fuentes de implantación de los planes de pensiones del sistema de empleo

Como se sabe, la LPFP (Ley 8/1987) tan sólo aludía tangencialmente a la negociación colectiva como fuente originadora de la obligación empresarial de constituir un plan de pensiones para su personal empleado [art. 5.3, último párrafo RFPF (RD 1307/1988)], lo que se traducía en que el sistema privado de pensiones correspondiente podía ser también organizado exclusivamente por iniciativa del empleador al margen de todo

encargado de realizar la composición de los intereses de las partes involucradas en su implantación, mediante la definición de las obligaciones y de los derechos de los futuros partícipes. La segunda, se limita a crear el instrumento organizativo destinado a hacer efectivo lo previsto por la fuente institutiva. Vid. TURSI, A.: “L’organizzazione dei fondi pensione...”, *op. cit.*, pp. 467-468. Un análisis de dichas fuentes se puede encontrar en ROMERO BURILLO, A.^a M.: “El régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones en Italia”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2000, pp. 1180-1183.

¹³⁰² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Planes y Fondos de Pensiones”, en VV. AA. (Villa Gil, L.E. de la dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.^a ed., 1999, p. 857.

¹³⁰³ Sobre la figura de los contratos coligados, *vid.* GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

compromiso previo contraído en el marco de la negociación colectiva en orden a su establecimiento¹³⁰⁴. Pese a este sistema desincentivador del principio de la autonomía colectiva negocial, la Ley 24/2001 y el actual TRLPFP (RDLeg. 1/2002)¹³⁰⁵ han terminado por instaurar un nuevo modelo legal claramente favorecedor de la negociación colectiva en el ámbito de los sistemas privados de pensiones, sin perjuicio de la pervivencia aún hoy de determinadas aporías legales que se pondrán de manifiesto a lo largo de este trabajo. Modelo que debe reforzarse todavía más en función del ya citado Informe de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo de 8 de Abril de 2003, en el que se aboga por potenciar los sistemas complementarios de la Seguridad Social en el marco de la negociación colectiva.

Precisamente, en atención a la importancia que va adquiriendo en la actualidad la negociación colectiva como fuente esencial de los planes de pensiones del sistema de empleo, resulta obligado realizar un análisis exhaustivo de la misma. Ello nos exigirá detenernos en, al menos, los siguientes aspectos: primero, habrá que poner de relieve las nuevas exigencias que se le imponen a la autonomía colectiva en el ámbito de la protección social renovada, de la que los planes del sistema de empleo son un ejemplo paradigmático para comprender los nuevos retos que deben afrontar los actores sociales en el proceso de remercantilización del Estado del bienestar; segundo, habrá que recordar las bases constitucionales y legales de apoyo a la negociación colectiva de los planes de pensiones del sistema de empleo, en concreto, los artículos 85.1, 82.3 ET en relación con el artículo 37.1 CE (principio general de contratación colectiva consagrado en nuestro ordenamiento jurídico) y con referencia especial al artículo 41, último párrafo, del texto fundamental, que proclama y garantiza que las prestaciones complementarias (del “régimen público de la Seguridad social”) serán libres; tercero, será necesario el estudio de la idoneidad de las diversas manifestaciones formales de la negociación colectiva como instrumentos de creación y regulación de los planes de pensiones del sistema de empleo; tercero, se abordará igualmente el modo en que se lleva a cabo la instrumentación jurídica del plan en el convenio colectivo, en el sentido de si el mecanismo de previsión que se instaura aparece como una parte más del clausulado del convenio o si, por el contrario, es su objeto exclusivo; y, por último, será objeto de análisis el papel de la negociación colectiva en el proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones.

¹³⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones del...*, *op. cit.*, p. 114.

¹³⁰⁵ Un análisis de las características fundamentales del modelo legal de planes de pensiones, insistiendo en las innovaciones introducidas por el RDLeg 1/2002 y en algunos puntos críticos se puede encontrar en MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, pp. 47-77.

Tras el estudio pormenorizado de estas y otras cuestiones no hay que olvidar que la implantación del sistema de previsión colectiva puede ser el resultado de una decisión unilateral del empleador-promotor, por lo que resulta obligado referirse a las peculiaridades que comporta esta forma constitutiva.

1.1. La autonomía colectiva como fuente constitutiva principal de creación de los planes de pensiones del sistema de empleo

Como es sabido, ya antes de la entrada en vigor de la LPFP (Ley 8/1987) la negociación colectiva intervenía en el ámbito de la protección social complementaria. Se admitía, desde la perspectiva legal, el que la previsión social de carácter complementario fuera objeto de contratación colectiva a través del cauce específico de las llamadas mejoras voluntarias (art. 39.1 TRLGSS). Esta posibilidad, como ya se ha dicho, fue aprovechada por los agentes sociales, dando lugar a una extensión del campo social de intervención de la negociación colectiva, especialmente a través de las mejoras directas de prestaciones. Sin embargo, a esta potencialidad de la autonomía colectiva como instrumento de creación y de regulación de medidas de protección social complementaria fue indiferente, al principio, la normativa específica de los planes y fondos de pensiones, quedando el papel de la negociación colectiva muy oscurecido, o, cuando menos, excesivamente difuminado¹³⁰⁶. Tras esta etapa, caracterizada por la ausencia de verdaderos apoyos legales en favor de un mayor protagonismo de la autonomía colectiva en el ámbito de la previsión social voluntaria de corte privatista, lo cierto es que se ha acabado por imponer en la experiencia jurídica y, después, en el mismo sistema legal, al convenio colectivo como fuente más adecuada y flexible para el encauzamiento y ordenación de los planes en la modalidad de empleo¹³⁰⁷. A pesar de las insuficiencias que aún hoy la regulación legal presenta en la materia, se han dado pasos firmes para hacer de la negociación colectiva la fuente esencial de los planes de pensiones del sistema de empleo, acogiendo lo que ya era una práctica habitual en otros ordenamientos¹³⁰⁸.

¹³⁰⁶ GARCIA MURCIA, J.: “El espacio de las pensiones...”, *op. cit.*, p. 190.

¹³⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁰⁸ Especialmente significativo es el caso de Italia, en el que se acepta de forma unánime por la doctrina la atribución a la fuente institutiva (esencialmente a la autonomía colectiva) de un papel decisivo y por ello igualmente preeminente respecto del resto de instrumentos de institución de las prestaciones complementarias. Como indica TURSI, “en la disciplina de la fuente institutiva de los fondos de pensiones el aliento promocional de la autonomía colectiva se manifiesta con toda evidencia en el apoyo que este tipo de fuente negocial tiene respecto de los acuerdos entre trabajadores y los reglamentos de empresa” (“Contrattazione collettiva e previdenza complementare”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2000, p. 273). Igualmente, se ha resaltado la importancia de la negociación colectiva como cauce de creación de los regímenes complementarios en Francia. *Vid.* MICHAS BEGUERIE, S.: *Régimes privés de retraites...*, *op. cit.*, pp. 131-132.

A) La negociación colectiva en su función de protección social renovada: una manifestación cualificada del llamado *Derecho reflexivo*

La función esencial a ejercer por la negociación colectiva en el ámbito de los planes de pensiones en su modalidad de empleo resulta explicable en la actualidad en base a la confluencia de una serie de factores de diversa índole, aparte de los estrictamente legales que veremos en su momento. Por lo pronto, interesa destacar aquí la acción combinada de dos de ellos. Por un lado, las políticas sociales regresivas, de claro signo liberalizante, reflejada en dos aspectos fundamentales: primero, en la adopción de medidas de mercantilización de la producción del bienestar social y, segundo, reducción a mínimos de intensidad la protección que confiere el sistema público¹³⁰⁹; hace dominante un modelo del Welfare de la austeridad, cuya racionalidad y eficiencia se miden en términos de ahorro de los recursos¹³¹⁰. Por otro, la superación del modelo de regulación fordista, unificador e integrador, con los efectos conocidos de remercantilización, dualización y polarización de las estructuras productivas, ha dado lugar a la transformación del modelo clásico de representación de intereses. El sindicato y, por ende, la negociación colectiva ya no puede ejercer únicamente su labor como representante de intereses de cara al Estado, máxime cuando, como se ha dicho, éste está dejando de ejercer la función desmercantilizadora keynesiana. Pues bien, ambos aspectos, auge del mercado en las nuevas políticas sociales de previsión y dificultad del sindicato para ejercer su papel de mediación institucional frente al Estado, permite vislumbrar nuevas dimensiones de actuación de la negociación colectiva, a saber, junto a las funciones de mercado, regulación de las condiciones de adquisición y uso de la fuerza de trabajo, se destacan ahora las funciones gestionales, las de gobierno del sistema de regulaciones y, en lo que aquí interesa, las de protección social complementaria como consecuencia del repliegue del Estado benefactor¹³¹¹.

Estos dos condicionantes resultan especialmente significativos en el campo de los planes de pensiones del sistema de empleo. En lo que respecta a la crisis del Estado del bienestar, se advierte de modo claro el papel que la negociación colectiva puede ejercer en el diseño de los nuevos instrumentos de previsión de carácter privado. Sin desconocer las posibles contradicciones que este aspecto plantea al sindicalismo en punto a la dejación de la función reivindicativa de un Estado protector en sentido fuerte¹³¹², lo cierto es que las nuevas orientaciones a favor de la

¹³⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho flexible del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 252.

¹³¹⁰ ALONSO, L. E.: *Trabajo y ciudadanía...*, *op. cit.*, p. 68.

¹³¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: "El tratamiento de la relación postcontractual...", *op. cit.*, p. 109.

¹³¹² Los dilemas del sindicalismo ante la posibilidad de que su apuesta por el desarrollo de la protección social complementaria pudiera servir de excusa para un eventual retroceso del sistema obligatorio de la

generalización de la protección social complementaria y privada en el ámbito profesional exige de un decidido intervencionismo por parte de los actores sociales. La función a ejercer en el campo de las pensiones privadas puede paliar los rasgos exclusivamente financieros y de mercado de estas instituciones, haciendo prevalecer aquellos otros asociados a su carácter de instrumento de previsión social. La penetración de la negociación colectiva en este ámbito, especialmente la de carácter sectorial, puede resultar trascendental a los efectos de posibilitar una cierta homogeneidad de sus contenidos protectores.

Por otra parte, resulta tan importante si cabe como el anterior el hecho de que el sindicalismo tenga que adoptar un nuevo papel en este contexto en el que pierde fuerza su función clásica puramente defensiva. Por ello, y en atención al fenómeno de mercantilización de los espacios sociales, resulta necesaria su presencia en el mercado como agente social que es capaz de defender los derechos sociales no sólo ante el Estado y los poderes institucionales, sino también en el ámbito mercantil. El campo de las pensiones privadas de carácter profesional puede resultar un ámbito idóneo de experimentación de nuevas estrategias descentralizadoras más acordes con esta etapa actual de superación del corporatismo negociador. La potenciación de la negociación colectiva como instrumento de flexibilización de las relaciones laborales puede verse contrarrestada por el consiguiente reforzamiento de la misma como mecanismo de autogobierno colectivo del conflicto capaz, en el ámbito de los planes de pensiones, de construir sistemas de previsión democráticamente organizados. En este sentido, el nuevo universo empresarial, en lo que a la previsión social voluntaria se refiere, resulta un campo adecuado para ensayar nuevas fórmulas de actuación de los actores sociales¹³¹³.

En definitiva, la negociación colectiva adquiere una función de protección social renovada¹³¹⁴, teniendo en cuenta el nuevo perfil de los instrumentos de protección complementaria vía planes de pensiones y su papel conformador de sus contenidos previsores, con una doble dimensión en cuanto a su actuación: por un lado, pensada para supuestos de trabajadores con contrato laboral vigente –partícipes- y, por otro, para casos de terminación o extinción del mismo –partícipes en suspenso y jubilados o beneficiarios-. En la atención que se preste a esta función está

Seguridad Social han sido resumidos por GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: “El sindicalismo antes las mutualidades de previsión...”, *op. cit.*, pp. 127-158.

¹³¹³ Este aspecto ha sido destacado por la doctrina italiana, al subrayar esta nueva vía de intervención de los interlocutores sociales de clara superación de la posición defensiva tradicional frente al empleador. Vid. VIANELLO, R.: “Il nuovo campo d’applicazione delle forme pensionistiche complementari di cui al d.lgs. 124 del 1993: i soggetti e le fonti”, en VV. AA. (Cester, C. dir.): *La riforma del sistema pensionistico*, Turín, Giappichelli, 1996, p. 410. En sentido similar, PICCININNO, V.: “La previdenza complementare...”, *op. cit.*, pp. 220-221.

¹³¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la negociación colectiva”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N., dres.): *Comentario a la Constitución...*, *op. cit.*, p. 677.

en juego el que la negociación colectiva pueda contribuir a una adecuada gestión social del sistema de previsión y a asegurar la percepción por parte de los sujetos protegidos de una óptima pensión complementaria.

Finalmente, el protagonismo que adquiere la negociación colectiva en la creación y conformación de los sistemas privados de pensiones debe conectarse con el desplazamiento-sustitución de la tradicional forma de racionalidad vertical propia del Estado social por formas de racionalidad reflexiva. En otros términos, el derecho de la protección complementaria de base negocial adquiere los caracteres propios del llamado *Derecho reflexivo*¹³¹⁵. Como se sabe, se trata de un modelo teórico¹³¹⁶, que aparece como respuesta a la crisis del intervencionismo del Estado moderno, concebido sobre la base del postulado de que la hipercomplejidad de la sociedad contemporánea impide que sea regulada mediante las normas abstractas y homogeneizadoras propias del Estado liberal e intervencionista y por sus respectivas racionalidades formal y material¹³¹⁷. De este modo, el Derecho relacional o reflexivo se caracterizaría por las siguientes notas: primera, por afrontar la incapacidad que presenta en la actualidad el derecho moderno para dar cuenta de la diversidad de la sociedad contemporánea, ya que los instrumentos jurídicos utilizados hasta ahora, con su pretensión de validez *erga omnes*, son demasiado simples para afrontar las múltiples cuestiones que se derivan de los contextos socioeconómicos en cambio; segundo, aboga por afrontar el desafío de la reducción de la hipercomplejidad a través de la diferenciación interna de la sociedad en varios sistemas o subsistemas; tercero, otorgar a cada sistema la autonomía necesaria para decidir por sí mismos y para resolver los problemas que crea; cuarto, al Estado le corresponde crear únicamente las condiciones necesarias para facilitar la operatividad autónoma de cada uno de los sistemas.

Pues bien, en el ámbito de la negociación colectiva de los planes de pensiones del sistema de empleo cabe reconocer los rasgos característicos del derecho reflexivo. Por lo pronto, se parte de un reconocimiento explícito de la existencia de un nuevo espacio institucional atribuido a los sistemas de negociación colectiva, renunciando así el sistema jurídico estatal a la aspiración de disciplinar directamente esta parcela del ordenamiento legal. El legislador se preocupa únicamente de establecer las normas de organización y de carácter procedimental y procesal, posibilitando la autonormación social de las partes sociales. El Derecho de las pensiones privadas no trata de arbitrar los intereses en conflicto, ni por tanto regular las relaciones y equilibrios de poder, sino que únicamente

¹³¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El tratamiento de la relación postcontractual...”, *op. cit.*, p. 198.

¹³¹⁶ Fue formulado originariamente por Gustav Teubner inspirándose en la teoría sistémica de Niklas Luhmann. Sobre las implicaciones de este modelo en el Derecho del Trabajo, *vid.* MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho flexible...*, *op. cit.*, pp. 395-406.

¹³¹⁷ FARIA, J. E.: *El Derecho en la economía...*, *op. cit.*, p. 153.

trata de proveer reglas y procedimientos dentro de los cuáles los propios actores puedan autorregular sus relaciones y, con ello, sus respectivos intereses.

El modelo, como nos podemos imaginar, presenta riesgos indudables que pueden no resolver adecuadamente los problemas que suscita en nuestro ordenamiento jurídico la protección de los intereses de previsión de los ciudadanos. Como se verá, el reconocimiento de una capacidad de autonormación de las partes sociales no puede hacernos desconocer el hecho de que en la práctica se pueda convertir al Derecho, en este caso al de la previsión social voluntaria, en instrumento al servicio de las relaciones de poder realmente existentes¹³¹⁸. Los resultados de los procesos de negociación –también en el campo de la previsión social voluntaria– suelen depender en gran parte de la fuerza emprendedora y de la capacidad de movilización de los agentes sociales, de ahí que, en ocasiones, los acuerdos no siempre reflejen adecuadamente los intereses en juego de las partes contratantes.

B) Las bases constitucionales y legales de apoyo a la contratación colectiva de los planes de pensiones del sistema de empleo

El que la autonomía colectiva pueda ejercer un papel esencial en la articulación de medidas de previsión social voluntaria en el ámbito empresarial no basta por sí solo para confirmar su idoneidad como tal. Resulta imprescindible en este punto que cuente con los suficientes apoyos constitucionales y legales para poder intervenir en el campo de las pensiones privadas. Pues bien, en este apartado trataremos de indagar acerca de la existencia o no de suficientes instrumentos normativos como para que la negociación colectiva pueda actuar como fuente de creación de los planes del sistema de empleo. El análisis se llevará a cabo en un doble plano jurídico: el constitucional, atendiendo a aquellos preceptos que puedan servir de fundamento a una eventual intervención de la autonomía colectiva en este sentido y, legal, como plasmación del derecho de negociación colectiva en el ámbito de la protección social complementaria, y más específicamente en el de los planes de pensiones en su modalidad de empleo.

En lo que respecta a la dimensión constitucional de la intervención de la negociación colectiva en la conformación de medidas de previsión social voluntaria, hay que resaltar la existencia de un doble fundamento jurídico-constitucional que confirmaría la legitimidad de tal actuación. En primer lugar, habría que señalar el principio general de libre contratación colectiva dispuesto en el art. 37.1 CE que establece que la “ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los

¹³¹⁸ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho flexible...*, op. cit., p. 398.

trabajadores y empresarios...”. En base a este principio se puede justificar el que la autonomía colectiva tenga capacidad plena para actuar en el campo de la previsión social. En efecto, la creación de planes de pensiones u otras medidas de protección complementaria por parte de la negociación colectiva quedaría amparada por lo dispuesto en el texto constitucional en base a los siguientes argumentos: primero, estamos ante un derecho social fundamental de libertad colectiva¹³¹⁹, es decir, que este reconocimiento comporta el derecho de las partes negociadoras a decidir libremente acerca del objeto de la negociación¹³²⁰, incorporando ante todo un deber de respeto y de no intromisión por parte del Estado¹³²¹; segundo, esta libertad negocial en modo alguno se ve limitada por el adjetivo “laboral” contenido en el art. 37.1 CE, ya que dicho calificativo debe entenderse en un sentido amplio¹³²², englobando todas las materias relativas a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones profesionales anexas con las relaciones de empleo, entre las que cabe incluir las relativas a la protección social complementaria¹³²³; por último, cabe descartar que los desarrollos legislativos del art. 37.1 CE puedan cercenar la posibilidad de que la negociación colectiva pueda entrar a regular materias de previsión social¹³²⁴, ya que el único límite material al contenido de la negociación

¹³¹⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la negociación...”, *op. cit.*, p. 633.

¹³²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 125.

¹³²¹ La Constitución reconoce un derecho de las partes a negociar sin injerencias externas del Estado, lo que no es sino consecuencia lógica de la amplitud con la que la Carta Magna reconoce la autonomía colectiva. Como se ha indicado, “la garantía constitucional implica, por otro lado, no solamente una actitud pasiva, no intervencionista, por parte del Estado, sino también una postura promocional de la negociación colectiva...” (SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 9.ª ed., 2003, pp. 307-308).

¹³²² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho Sindical Español*, Madrid, Tecnos, 6.ª ed., 1994, p. 332; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 309 y ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y TRUJILLO VILLANUEVA, F.: “Algunas reflexiones sobre el contenido asistencial de los convenios colectivos tras la reforma producida por la Ley 11/1994”, en VV. AA. (Cruz Villalón, J. coord.): *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Comité Económico y Social, 1995, p. 276. Dada la vaguedad del término “laboral” resulta del todo apropiado acudir a la cláusula interpretativa remisoria *ex art.* 10.1 CE al objeto de integrar el sentido objetivo del derecho constitucional a la negociación colectiva. En concreto, la norma internacional de referencia está constituida por el art. 2 del Convenio núm. 152 de la OIT que confirma el contenido amplísimo de la negociación colectiva al señalar que ésta “comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

¹³²³ Así lo han considerado MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 272; ALONSO OLEA, M. TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, p. 572; REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: “Protección social...”, *op. cit.*, p. 279; TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Madrid, MAPFRE, 1996, p. 78 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 116.

¹³²⁴ En la misma línea, DURÁN LÓPEZ, F.: “El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales”, en VV. AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 532; ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.:

colectiva viene dado por el respeto al sistema de valores y derechos consagrados en el texto constitucional, ya sea en su formulación constitucional, ya sea en la formulación dada por las leyes ordinarias¹³²⁵. Así pues, la autonomía colectiva encuentra en el art. 37.1 CE un respaldo adecuado para su actuación como fuente constitutiva de las medidas de protección social complementaria, ya que las mismas se integran en el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva que la Ley que se dicte en su desarrollo deberá necesariamente respetar (art. 53.1 CE) y garantizar (37.1 CE)¹³²⁶.

En segundo lugar, habría que hacer referencia especial al art. 41, último inciso, del texto fundamental, que proclama y garantiza que las prestaciones complementarias (del “régimen público de la Seguridad Social) serán libres. Se trata de un soporte constitucional que singulariza el principio general de libre contratación colectiva señalado con anterioridad, ya que el mismo delimita con suma claridad un ámbito de actuación concreto de los sujetos, colectiva o individualmente considerados, cuál es el de la complementariedad o suplementariedad de las pensiones públicas. El art. 41.1 CE indica el camino posible a emprender por la autonomía privada al posibilitar el ejercicio de la libertad de creación de regímenes voluntarios de previsión. Ello significa que el plan de pensiones u otras medidas de protección social complementaria tienen su fuente de implantación en un acto de libertad -principio de voluntariedad institucional-, reflejo de una libre elección respecto a la instauración de un sistema de autoprotección y aseguramiento colectivo¹³²⁷. Por tanto, en el texto constitucional hay una clara referencia a la libertad en la constitución de planes de pensiones por parte de la autonomía colectiva, cuestión que se verá refrendada por el art. 1.2 TRLRFP al indicar que los planes se constituyen voluntariamente, señalando expresamente un espacio para la actuación de los sujetos colectivos, en concreto, para la implantación de regímenes no obligatorios, organizados y financiados al margen de los cauces de gestión y financiación de los regímenes legales a los que complementan.

La traslación al ámbito legal del principio de contratación colectiva se produce a través de los artículos 82.2 y 85.1 ET, lo que supone, igualmente,

“Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la incidencia de la Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores (1)”, *Tribuna Social*, núm. 47, 1994, p. 44 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 119.

¹³²⁵ SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 309. En definitiva, tal y como reitera la STC 28/1992, 9 marzo, el convenio colectivo “en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución” (FJ 2). En idéntico sentido, entre otras, las SSTC 67/1988, 18 abril; 177/1988, de 10 de octubre y 92/1992, 11 junio.

¹³²⁶ En contra OJEDA AVILÉS, para quién las cláusulas sobre seguridad social no cabe considerarlas “como contenido típico en nuestro país y podrían ser prohibidas por el legislador ordinario sin atentar contra el derecho de negociación colectiva” (*Derecho sindical*, Madrid, Tecnos, 8.ª ed., 2003, p. 684).

¹³²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 48.

el reconocimiento por parte del legislador de la idoneidad de la autonomía colectiva como cauce para el establecimiento de medidas de previsión social voluntaria, entre ellas, los planes de pensiones del sistema de empleo. En lo que respecta al art. 82.2 ET, éste dispone que mediante los convenios colectivos los trabajadores y empresarios pueden regular “las condiciones de trabajo y productividad” y establecer, en concreto, reglas sobre “paz laboral, a través de las obligaciones que se pacten”. Más específicamente, el art. 85.1 ET señala, como contenido posible de los convenios colectivos, las “materias de índole económica, laboral y sindical”, así como “cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51” del ET. De todos estos preceptos se reitera la amplitud del contenido material posible del convenio colectivo¹³²⁸, en consonancia con la caracterización antes apuntada del principio de libertad negocial recogido en el art. 37.1, de lo que se deduce un amplio abanico de materias en las que la autonomía colectiva puede entrar a regular¹³²⁹.

Precisamente, entre estas materias hay que incluir la previsión social voluntaria, posibilidad que vendría avalada no sólo por la relación meramente ejemplificativa¹³³⁰ que realiza el art. 85.1 ET del posible contenido negocial sino también por la ausencia de restricciones en este sentido¹³³¹, y ello pese a la supresión por la Ley 11/1994, de 19 de mayo¹³³², de la referencia a “materias de índole asistencial” contenida en el art. 85.1 ET¹³³³. Además, el explícito reconocimiento de la idoneidad de la autonomía colectiva como vehículo de instauración de mejoras voluntarias (art. 39.2 TRLGSS) serviría del mismo modo para defender esa misma

¹³²⁸ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2.^a ed., 2006, pp. 214-215.

¹³²⁹ Así, dentro de ese menú amplio de materias se han propuesto tres grandes grupos: laboral, social y de empleo. Vid. VV. AA.: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2.^a ed., 2005, pp. 1800-1803.

¹³³⁰ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 6.^a ed., 2005, p. 640; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y TRUJILLO VILLANUEVA, F.: “Algunas reflexiones sobre el contenido asistencial...”, *op. cit.*, p. 284; ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.: “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 43; y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 123.

¹³³¹ Para que la negociación colectiva no pudiera actuar en el campo de la protección social complementaria resultaría obligada una exclusión expresa, cuestión que no se da en el art. 85.1, “por cuanto supondría una excepción –de muy difícil justificación por el efecto práctico que la misma tendría para los trabajadores (...)– a la idea subyacente en toda la regulación de la negociación colectiva en el ET, esto es, la de la ampliación de su papel”. Vid. REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: “Protección social...”, *op. cit.*, p. 279.

¹³³² BOE 23 mayo 1994.

¹³³³ De forma general, se acepta por la doctrina que esta eliminación no debe acarrear consecuencia alguna. Vid. CAMPS RUIZ, L. M.: *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 34.

aptitud para el establecimiento de planes de pensiones del sistema de empleo y, en general, todo tipo de medidas que afecten a la situación social de los trabajadores. Igualmente, el que los planes de pensiones puedan ser objeto de negociación se derivaría de la aplicación a los mismos de la doctrina jurisprudencial que incluye a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en el ámbito de la contratación colectiva¹³³⁴. Aparte, como se verá, la práctica negocial ha ido confirmando la incorporación de cláusulas en los convenios relativas a planes y fondos de pensiones. En suma, parece claro que nuestro ordenamiento da suficiente cobertura legal para que la negociación colectiva pueda erigirse en fuente constitutiva de planes de pensiones en su modalidad de empleo.

Por otra parte, y antes de abordar el conjunto de las referencias que el TRLPFP realiza a la negociación colectiva, conviene llamar la atención acerca del soporte legal específico con que cuenta la autonomía colectiva en el marco de la función pública. Y así, hay que recordar que el legislador ha reconocido el derecho a la negociación colectiva en ese ámbito¹³³⁵ a través de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas¹³³⁶, reformada por Ley 7/1990, de 19 de junio, posibilitando la adopción de Acuerdos y Pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 35 Ley 9/1987). Pese a que se trata de un derecho legalmente debilitado¹³³⁷ por cuanto se imponen una serie de limitaciones intensas, especialmente con respecto al contenido posible de la contratación colectiva funcional¹³³⁸, lo cierto es que de las materias susceptibles de negociación *ex art. 32 Ley 9/1987* se deduce la posibilidad de la implantación de planes de pensiones del sistema de empleo como resultado de un acuerdo o pacto negocial¹³³⁹. Tanto la referencia a las “materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los

¹³³⁴ Vid. SSTs 24 abril 1990 (RJ 1990, 3140); 30 septiembre 1993 (RJ 1993, 7094); 12 noviembre 1993 (RJ 1993, 8687); 26 julio 1995 (RJ 1995, 6722) y 20 diciembre 1996 (RJ 1996, 9812).

¹³³⁵ Un derecho que es de estricta configuración legal y que, por tanto, no deriva del derecho de negociación colectiva constitucional (art. 37.1 CE) ni es consecuencia necesaria del derecho de sindicación (art. 28.1 CE). Vid. STC 57/1982, 27 julio 1982.

¹³³⁶ (BOE 17 junio 1987). Con la aprobación de esta ley se daba un paso de capital importancia en la ordenación de las relaciones sindicales en el seno de la función pública, teniendo en cuenta los obstáculos impuestos tradicionalmente a cualquier intervención distinta de la llevada a cabo por la Administración Pública en la fijación de las condiciones de trabajo de los funcionarios (PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho Sindical...*, *op. cit.*, p. 376).

¹³³⁷ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N.: *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 242.

¹³³⁸ El detalle del que hace gala el legislador pone en evidencia el temor de éste “a que la presión sindical pueda erosionar paulatinamente los límites de la negociación...” (OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 886).

¹³³⁹ Un análisis general de la experiencia negociadora en SALA FRANCO, T.; BLASCO PELLICER, A. y LATÉS TARREGA, J. A.: *La negociación colectiva en el empleo público*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 158-214.

funcionarios jubilados” [letra f)] o a las “retribuciones (...) o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley” [letra j)]; como la alusión a las “de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración” [letra k)]; podrían servir de apoyo legal a una eventual negociación en materia de planes y fondos de pensiones¹³⁴⁰.

Finalmente, cabe referirse a la regulación legal en vigor de los planes y fondos de pensiones como instrumento normativo específico de apoyo a la intervención de la autonomía colectiva en ese ámbito. Ya se recordó en otro lugar la indiferencia jurídica de la LPFP (Ley 8/1987) a la negociación colectiva, no encontrando ésta una promoción adecuada en el campo de las pensiones privadas, fruto probablemente de la óptica individualista que presidía globalmente toda la arquitectura constructiva del sistema legal de estas fórmulas¹³⁴¹ o de la traslación a nuestro país del paternalismo propio de otros ordenamientos en el campo de la previsión social empresarial¹³⁴². Lo cierto es que no se estaba ante una legislación que pudiera calificarse de apoyo público indirecto a la actividad de los sindicatos acrecentando su papel en la regulación convencional de las relaciones de trabajo¹³⁴³. Sin embargo, este tratamiento tan inadecuado que recibía la negociación colectiva, del que ya se ha hablado en otro lugar, se intenta corregir con las modificaciones contenidas en la Ley 24/2001¹³⁴⁴. Con esta normativa, trasladada al TRLFP (RDLeg 1/2002), se refuerzan los vínculos entre la autonomía colectiva y los planes de pensiones del sistema de empleo¹³⁴⁵.

Por lo pronto, y pese a que no se ha eliminado la opción de la libre iniciativa del empleador-promotor “ad initio” del plan en orden a su

¹³⁴⁰ Como ya se ha comentado, el Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública (BOE 18 noviembre 2002) dio el primer paso para la configuración y aplicación de un plan de pensiones en el ámbito de la Administración General del Estado [letra c) del Capítulo XIX].

¹³⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 82.

¹³⁴² Tal y como indica SUÁREZ CORUJO, en la legislación española de planes y fondos de pensiones se hace notar el influjo del ordenamiento estadounidense en esta cuestión, especialmente por el limitado papel reservado a la negociación colectiva en el establecimiento de los planes de pensiones (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 133).

¹³⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 82.

¹³⁴⁴ Se acepta, por todos, este cambio de orientación con ocasión de la Ley 24/2001. *Vid.* ROMERO BURILLO, A. M.: “El nuevo régimen jurídico de los planes...”, *op. cit.*, pp. 44-46; MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, pp. 60-65; BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, pp. 134-137; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 131.

¹³⁴⁵ La propia jurisprudencia ha reconocido este cambio normativo en favor de la autonomía colectiva. Sirva de ejemplo la STSJ Cataluña 8 septiembre 2005 (AS 2005, 3624) quién, tras reconocer que la Ley 8/1987 no contemplaba la capacidad de intervención de la negociación colectiva en la materia, subraya los nuevos ámbitos de actuación de aquélla en los planes de pensiones, adquiriendo, por tanto, un protagonismo considerable en el tema.

establecimiento, se mantienen intactas dos situaciones en las que la autonomía colectiva es llamada a intervenir obligatoriamente. La más significativa tiene por objeto la sustitución de sistemas de pensiones pactados previamente en la negociación colectiva. En tal caso, como se verá más adelante, la sustitución de los acuerdos preexistentes en materia de previsión por nuevos que permitan promover planes de pensiones o transformar los ya existentes exige, de forma ineludible, de un proceso de negociación colectiva. Igualmente, resultará necesaria la intervención de la autonomía colectiva en el caso de la posible diferenciación de aportaciones a realizar por el promotor y, en su caso, el establecimiento de colectivos de partícipes diferenciados, integrados en distintos subplanes, y ello pese a que conforme al art. 4.1.a), párrafo 6º TRLPFP pueda ser suficiente un acuerdo contractual que tenga su reflejo en las especificaciones de los planes.

Junto a estos cauces se consagran otras vías de potenciación de la negociación colectiva, como ya se indicó en otro apartado. Así, la posible incorporación directa de los empleados como consecuencia de que así lo haya previsto el convenio colectivo que formaliza el plan (arts. 4.1.a) TRLPFP y 28.1. RFPF) o las continuas referencias a la autonomía colectiva en los planes de promoción conjunta, ya al acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior al de empresa como fuente de los compromisos por pensiones asumidos a través de las diferentes formas de manifestación de este tipo de planes (arts. 4.1.a) TRLPFP y 37.3.a) RFPF) o para el caso de la formulación del proyecto inicial de un plan de estas características (arts. 9.1.a) TRLPFP y 40.a) RFPF); como al acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores exigido para la adopción de determinadas decisiones, en concreto en los supuestos contemplados en los arts. 43.1. RFPF y 11.1, párrafo 5º RICP. Asimismo, otros cauces de intervención de la negociación colectiva los encontramos en la posible designación directa de los miembros de la comisión de control por parte de la comisión negociadora del convenio, y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa (art. 7.2 TRLPFP) o, del mismo modo, para el supuesto de los planes de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial, en los que se pueden prever procedimientos de designación de la comisión de control por parte de la comisión negociadora y/o por parte de la representación de empresas y trabajadores en dicho ámbito (art. 7.2 TRLPFP).

Asimismo, la autonomía colectiva debe tener presencia también en lo que es el normal desarrollo y desenvolvimiento del plan. A ello hace alusión el art. 6.3 TRLPFP cuando prevé la posibilidad de que la modificación del régimen de prestaciones y aportaciones o cualesquiera

otros extremos, y en su caso la consiguiente adaptación de la base técnica, pueda ser acordada mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores. Lo mismo cabe decir con respecto a la terminación y liquidación de los planes de pensiones, con la diferencia de que en esta situación no hay una remisión legal expresa a la contratación colectiva.

Como se ve, la consagración de la negociación colectiva como fuente constitutiva de planes y fondos de pensiones queda fuera de toda duda en función de los instrumentos normativos a los que hemos aludido. Ahora bien, siendo esto así, no es menos cierto que de todo lo dicho hasta aquí no se deduce una apuesta clara por hacer del convenio colectivo regulado por el Título III ET el instrumento regulador de los planes de pensiones del sistema de empleo. Por el contrario, las menciones a los acuerdos colectivos de distinto signo dejan entrever un decidido apoyo a favor de una negociación colectiva plural en sus diversas manifestaciones. Por ello, se hace necesario el estudio, siquiera brevemente, de esta opción de pluralismo normativo convencional¹³⁴⁶ que subyace en todo el sistema legal de planes y fondos de pensiones, sin perjuicio de que en cada uno de los apartados correspondientes se realice un tratamiento pormenorizado de cada una de las alusiones que la normativa realiza a la negociación colectiva.

C) Negociación formal e informal en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo

El reconocimiento del papel de la autonomía colectiva en la formalización y regulación de los planes de carácter profesional y su consiguiente reforzamiento tras la Ley 24/2001 no se residencia únicamente en el convenio colectivo estatutario sino en una amplia gama de productos convencionales. Las referencias que se han adelantado con anterioridad al entramado de convenios, pactos y acuerdos que son expresión de la negociación colectiva como tal y que se contienen en la regulación legal y reglamentaria en la materia no dejan lugar a dudas acerca de la voluntad del legislador de eliminar cualquier restricción que pudiera frenar el desarrollo convencional de estos instrumentos de previsión. La vaguedad e imprecisión, deliberada por otra parte, con la que se que recogen expresiones como “acuerdos de negociación colectiva de ámbito superior al de empresa”, “acuerdo colectivo o disposición equivalente”, “acuerdo adoptado por la empresa con los representantes de los trabajadores” o “acuerdo colectivo de eficacia general” dan muestras de la flexibilidad que se ha querido otorgar a la ordenación jurídica de los planes de pensiones, favoreciendo una práctica negocial bastante

¹³⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 9...”, *op. cit.*, p. 326.

heterogénea. A todo ello se añade una remisión constante a las especificaciones de los planes de pensiones y al órgano de supervisión y control de los mismos para decidir determinadas cuestiones sin un aparente condicionamiento convencional. Por tanto, en la práctica, la intervención de la negociación colectiva tanto en relación a la constitución de los planes como en lo que respecta a la delimitación de sus condicionamientos y contenido protector va a poder discurrir por diferentes cauces, ya sea formales (Título III ET) como de autorregulación absoluta.

En todo caso, en esta diversidad convencional apuntada, en cuanto a la creación y regulación de los planes de pensiones, cabe advertir una pauta de actuación que se va consolidando con el tiempo en el ámbito de la negociación colectiva de la protección social complementaria –algo que por otra parte es una característica general de nuestro sistema–, en concreto, el predominio de una dualidad de productos normativos de regulación convencional: institucionalización del doble canal de regulación, el convenio colectivo y el acuerdo colectivo de empresa. En definitiva, como se verá a partir de ahora, el modelo de negociación de los planes de pensiones de empleo discurre sobre dos vías: la primera, en la que la instauración del plan aparece como parte del convenio colectivo, la segunda, en la que su implantación y la delimitación de su contenido protector es la finalidad del convenio o, más frecuente, del acuerdo o pacto colectivo.

a) El plan de pensiones como parte de un convenio colectivo de trabajo

Ya se ha dicho con anterioridad que en nuestro sistema de negociación colectiva ha sido práctica habitual el establecimiento de cláusulas sobre protección social complementaria en el convenio colectivo. Su concreta formulación se contenía en el ciertamente ambiguo campo de la acción social, bajo diversas y múltiples denominaciones, como desarrollo de las materias a las que el art. 85.1 ET denominaba de índole asistencial. Pues bien, del mismo modo, los planes de pensiones del sistema de empleo pueden incorporarse a este ámbito de la acción social renovada de los convenios como una medida más de protección social complementaria.

Esta posibilidad de integración de los planes de pensiones en el convenio colectivo como manifestación del principio de voluntariedad institucional (art. 41 CE y 37.1 CE) se está produciendo en la práctica negocial de forma muy lenta y de su análisis cabe destacar los siguientes rasgos estructurales: en primer lugar, la inclusión de los planes de pensiones entre el amalgama de medidas de acción social del convenio colectivo de trabajo, con el consiguiente efecto de dilución de los mismos entre medidas o beneficios sociales indiferenciados; en segundo lugar, el protagonismo de la negociación colectiva de empresa en la creación de planes de pensiones, siendo residual su implantación desde instancias

sectoriales, lo que plantea indudablemente el conocido efecto de atomización convencional también en materia de previsión social voluntaria; en tercer lugar, una reglamentación jurídica débil de la efectiva configuración del plan de pensiones en el interior del convenio, lo que comporta indudables consecuencias jurídicas de diversa índole, como se verá; por último, un papel menor, casi inexistente, y ciertamente problemático de la acción colectiva extraestatutaria como fuente constitutiva y de regulación de los planes de pensiones en su modalidad de empleo. Al desarrollo de cada una de estas cuestiones dedicaremos los próximos apartados.

a') La adecuada racionalización de la acción social en la empresa: la exigencia de una separación entre beneficios sociales en general y protección social complementaria

El campo de la acción social en la empresa aglutina un conjunto de “ventajas y derechos sociales” reconocidos a los trabajadores. Se caracterizan por su diversidad, pudiendo incluirse bajo esa expresión cuestiones de naturaleza muy distinta, a saber, servicios médicos, ayudas familiares, premios, vales-comida, préstamos, mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social y, más recientemente, planes de pensiones. Son expresión de la propia evolución de la negociación colectiva que tiende a abarcar los diversos aspectos de la ciudadanía social, en el marco empresarial como fuera de él, esto es, afectando a los trabajadores en activo como a los trabajadores “pasivos”¹³⁴⁷. La adopción de este tipo de medidas en el ámbito de la negociación colectiva no ha tenido en ningún momento un esfuerzo racionalizador, de modo que materias con un perfil iuslaboral aparecen junto a otras encuadradas dentro de la protección social complementaria. No ha habido, por tanto, una clara separación entre los diferentes grupos de medidas de acción social¹³⁴⁸. Pese a ello, resulta del todo oportuno utilizar algún criterio de distinción entre este bosque de medidas asistenciales o sociales que nos permita una mejor comprensión de este fenómeno negocial, de modo que se propone una

¹³⁴⁷ Como se ha señalado acertadamente, “tiende a penetrar en la lógica de la negociación colectiva un cambio en el criterio de atribución de los derechos distributivos, ya que éstos no se condicionan necesariamente a los roles productivos de los sujetos; tratar de abarcar a sujetos desplazados del mercado de trabajo garantizándose *derechos de participación en el consumo de ciertos bienes*” (MONEREO PÉREZ, J. L.: “El tratamiento de la relación postcontractual...”, *op. cit.*, p. 120).

¹³⁴⁸ Sirvan de ejemplos meramente ilustrativos el *Convenio Colectivo de la empresa Paradores de Turismo de España, S. A.* (BOE 29 octubre 2005); el *Convenio Colectivo de la empresa Unysis España, S. A.* (BOE 15 febrero 2005); el *Convenio Colectivo de la empresa “Tetra Pak Hispania, Sociedad Anónima”* (BOE 20 julio 2001); el *I Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Internacional Wholesale Services, S. L.* (BOE 22 septiembre 2003); y el *Convenio Colectivo de la empresa “Compañía Española de Petróleos, S. A.”* (BOE 29 septiembre 2003).

diferenciación entre dos grandes grupos de medidas: los beneficios sociales en general y la protección social complementaria¹³⁴⁹.

Entre los primeros, habría que incluir una amalgama de instrumentos, gran parte de ellos sociolaborales, de carácter indiferenciado como ayudas a la adquisición de vivienda o de vehículos, préstamos, fondo de anticipos, Fondo social, adelantos, ayudas sociales, comidas, economato, etc. En algunos casos, tales como el otorgamiento de medallas, se relacionan directamente con la potestad premial del empresario y el régimen disciplinario. En resumen, se trata de medidas dirigidas a atender necesidades de diversa índole –formativas, de ocio, compensatorias, etc.- y no tener como finalidad el desarrollar las previsiones del artículo 41 CE, último inciso, de complementariedad o no de la asistencia y prestaciones del sistema público de Seguridad Social. Por el contrario, las medidas de protección social complementaria se constituyen en el seno de la negociación colectiva con el objetivo de mejorar, completar, integrar o, incluso, suplementar la acción prestacional dispensada por el sistema de Seguridad Social. Frente a los beneficios sociales indiferenciados, instrumentos como las mejoras voluntarias y los planes de pensiones toman como referencia la previsión establecida en el último inciso del art. 41 CE.

En cualquier caso, no hay que desconocer que los planes de pensiones del sistema de empleo cuentan con una singularidad jurídica propia, de ahí que, en ocasiones, esta circunstancia pueda servir de justificación para que esta materia merezca una atención específica por parte de los convenios colectivos al margen del apartado dedicado a las medidas de previsión o protección social complementaria¹³⁵⁰. Con independencia de esta posibilidad, lo cierto es que en modo alguno pueden seguir integrándose en los más que difusos términos de ventajas sociales, mejoras sociales, concesiones diversas o beneficios sociales lo que es una protección social propia, resultado del desarrollo de las previsiones contenidas en el art. 41, último inciso CE, del conjunto de medidas indiferenciadas que atienden necesidades de todo tipo, algunas, por cierto, en clara regresión.

¹³⁴⁹ Se sigue, en esta línea, el criterio adoptado por VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 642-643. Algunos convenios colectivos cuentan con una distinción similar, por ejemplo, el *Convenio Colectivo de la empresa British American Tobacco España, S. A.* (BOE 14 septiembre 2005) recoge una diferenciación entre las medidas que denomina de “previsión social” (Cap. VIII) y las que llama “mejoras sociales” (Cap. IX). En las primeras, se incluyen todo tipo de complementos de prestaciones a la Seguridad Social, ya de jubilación, incapacidad temporal, viudedad, orfandad; instrumentados vía plan de pensiones o contrato de seguro. En los segundos, se enumeran el resto de mecanismos de índole sociolaboral de carácter premial, promocional, compensatorio, etc. En parecidos términos, *vid.* el *XIII Convenio Colectivo de la empresa O.N.C.E. y su personal* (BOE 25 octubre 2005).

¹³⁵⁰ *Vid.* art. 67 del *Convenio Colectivo para los años 2004 y 2005 de la empresa “Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A.”* (BOE 27 octubre 2004); Disp. Adic. del *Convenio Colectivo de la empresa “Danone, Sociedad Anónima”* (BOE 4 febrero 2003).

b') El ámbito empresarial como unidad de negociación principal: insuficiencias y dificultades legales para una articulación colectiva supraempresarial

La centralidad de la empresa, en concreto, la de tamaño medio o grande, en la promoción de planes tiene su reflejo en la negociación colectiva. La formalización jurídica de los sistemas privados de pensiones está teniendo lugar de forma mayoritaria a través de las unidades empresariales de contratación. Este protagonismo de la autonomía colectiva en el ámbito de las organizaciones productivas es consecuencia de cuatro elementos fundamentales. En primer lugar, la propia estructura de la negociación colectiva, apoyada esencialmente en el ámbito provincial de sector y en el convenio de empresa, ha favorecido una implantación por debajo de los planes de pensiones. Esta vía de formalización, más apegada al ámbito empresarial o inferior, es una consecuencia de la descentralización funcional y territorial que constituye el modelo de negociación colectiva propugnado por la reforma legislativa de 1994. Aún hoy, nuestra negociación colectiva sigue siendo descentralizada y desordenada, prueba de la cual son los cerca de cinco mil convenios colectivos existentes¹³⁵¹.

En segundo lugar, la mayor presencia de planes de pensiones negociados en el ámbito empresarial es resultado de la concreta configuración jurídica que la normativa reguladora de los planes realiza de las entidades promotoras. Basta recordar que del TRLFPF parece obtenerse un prototipo de empleador como figura predominante a la hora de promover planes de pensiones del sistema de empleo, a saber, el de una empresa de naturaleza jurídico-privada y normalmente de gran dimensión. Así, la referencia en abstracto al espacio empresa en contraposición a determinadas figuras empresariales –pequeñas y medianas, grupos de sociedades, entidades de naturaleza pública, etc.- serviría para configurar un modelo mayoritario de planes de pensiones de carácter profesional, en concreto, aquél que se desenvuelve en el ámbito de una gran empresa.

En tercer lugar, la indiferencia jurídica inicial del TRLFPF, en su primera versión, hacia la negociación colectiva en general no propició la articulación de planes de pensiones del sistema de empleo desde otras instancias que no fueran las que tradicionalmente venían recogiendo este tipo de medidas de protección social privadas, que en su mayoría eran empresariales. La escasa atención que la Ley 8/1987 prestó a la autonomía colectiva como fuente básica de creación de planes y, más en concreto, a la de carácter sectorial posibilitó la consolidación de este modelo mayoritario de promoción empresarial. La ausencia de llamadas a los convenios o

¹³⁵¹ De ahí que no “puede extrañar que siga intentándose una reordenación de la misma, y que se haga por todos los medios posibles”. Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L.: “Balance y perspectivas de futuro de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005, p. 84

acuerdos colectivos supraempresariales como soporte de compromisos por pensiones fue apuntalando un sistema que desatendía el acceso al régimen de los planes y fondos de pensiones de los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas sometidos a convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial o estatal.

Por último, otro de los factores que ha contribuido a una mayor presencia de los planes de pensiones del sistema de empleo en la negociación colectiva de empresa está directamente relacionado con la capacidad de las organizaciones productivas empresariales para ampliar su ámbito de respuesta a las nuevas demandas sociales, incluidas las de tipo socio-laboral¹³⁵². Así, estas empresas no sólo muestran una perfecta adaptabilidad para recoger las incidencias de naturaleza puramente económica de su entorno, en términos de productividad y competitividad, sino también para instrumentar exigencias de naturaleza social o medioambiental, entre éstas, la de complementariedad de las pensiones públicas a través de la implantación en su seno de sistemas privados de previsión.

Sin embargo, y pese a las circunstancias apuntadas, parece abrirse paso la implantación de planes de pensiones de promoción conjunta que de forma muy tímida pero constante empiezan a tener una mayor presencia en la negociación colectiva. Por un lado, encontraríamos el supuesto específico de los grupos de empresas, que cuentan ya con cierto protagonismo en la formalización jurídica de los planes de pensiones. Por otro, el ámbito sectorial como unidad de contratación está saliendo de su letargo a la hora de instar la creación de estas fórmulas de previsión privadas. A ello han contribuido las reformas operadas en los últimos años que han otorgado un mayor papel a la negociación colectiva en general y más específicamente a la de carácter sectorial.

Esta apuesta por la articulación por arriba de los planes de pensiones presenta, como ya se dijo con anterioridad, una serie de ventajas indudables frente a los planes de pensiones de carácter empresarial, ya no sólo en términos de racionalización de costes para las empresas implicadas, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, sino además porque se garantiza una cierta homogeneidad o equivalencia del sistema de planes en el marco de un determinado sector de actividad

¹³⁵² Y es que junto “a la función de producción típica de toda empresa, las de mayores dimensiones evidencian que no estamos sólo ante una realidad económica sino ante una auténtica estructura de gobierno de una pluralidad de intereses, cuya composición precisa fundamentalmente de decisiones concertadas que ayuden a mantener un equilibrio, ciertamente inestable, entre los diversos sectores implicados en estos procesos. Es en tal perspectiva que adquieren especial sentido las continuas metáforas de la empresa, de la gran empresa al menos, como “sociedad política”: la constitucionalización de la empresa significa hacer referencia a un proceso de integración de los diversos intereses presentes en el sistema de acción colectiva de las grandes corporaciones” (MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: *El contenido de la negociación colectiva...*, op. cit., pp. 23-24).

económica¹³⁵³. Sin embargo, esta opción a favor de los convenios sectoriales o de grupos de empresas como fuentes esenciales de creación de los planes de pensiones, que con tanta vehemencia, por cierto, se quiere defender desde el modelo legal reformado, puede encontrar una serie de limitaciones en la propia normativa. Como se verá a continuación, los apoyos legales que tratan de favorecer una articulación colectiva de los planes pueden no ser suficientes para evitar una fragmentación del sistema de implantación de los planes. Del mismo modo que se postula una mayor intervención de la autonomía colectiva sectorial se autoriza, en el mismo sentido, una descentralización en la asunción de compromisos por pensiones.

Por lo pronto, hay que recordar que el RFPF ha terminado por perfilar un modelo fuertemente moldeable en punto a la constitución de planes de pensiones de promoción conjunta. Como advierte el art. 37.2, párrafo 2º estos planes “podrán ser abiertos a cualquier empresa, o limitar su ámbito al de determinadas empresas promotoras o en función de criterios como la pertenencia al mismo grupo, el carácter de pequeña y mediana empresa, el tener asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito supraempresarial u otro criterios”. En cualquier caso, lo más habitual será que los compromisos por pensiones se adopten en el seno de la negociación colectiva sectorial o en un convenio colectivo de grupo de empresas.

En el primer caso, la creación de un plan de pensiones de promoción conjunta de ámbito de sector puede plantear dos tipos de problemas: por un lado, que el convenio colectivo supraempresarial promueva un plan de pensiones colectivo sectorial dejando en manos de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación la adhesión al mismo¹³⁵⁴ y, por otro, que siendo obligatoria la participación para las empresas afectadas por el convenio, éstas hagan uso de la facultad otorgada por el art. 37.3.a) RFPF que permite la creación de un plan propio. Ciertamente, el primero de los supuestos apuntados trataría de atender al elemento estructural presente en la configuración de los planes de pensiones como mecanismos de previsión de naturaleza privada, es decir, su voluntariedad. Pero, y aún cuando esta forma de instrumentación de los planes de carácter voluntario para las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio pueda ser adecuada para atender con ello determinadas situaciones empresariales a las que les podría resultar muy complicado la asunción de los citados compromisos, lo cierto es que esta posibilidad se compagina mal con un instrumento de general afectación como es el convenio colectivo. Una indiferencia de las empresas incluidas en el convenio cercenaría las

¹³⁵³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit, p. 29.

¹³⁵⁴ Este es el supuesto contemplado en el art. 32 del *Convenio Colectivo Laboral, de ámbito estatal, para el sector de agencias de viaje 2004-2006* (BOE 5 mayo 2005).

posibilidades de desarrollo de un instrumento de previsión necesitado –por la continuidad de las aportaciones- de una elevada participación. De otro, la decisión de no adherirse al plan sectorial podría adoptarse por decisión unilateral de la empresa, contando o no con la conformidad de los trabajadores¹³⁵⁵.

En el segundo supuesto, la falta de uniformidad en la protección social privada otorgada por el sector se puede producir con ocasión de la huida de las empresas que, obligadas a participar en el plan colectivo sectorial adoptado convencionalmente, decidan crear otro distinto en el marco empresarial. Inicialmente, la previsión de promover un plan en su modalidad conjunta recogida en convenio colectivo implicará que las empresas del sector deban integrarse en el mismo por efecto del art. 83.1 ET¹³⁵⁶. Sin embargo, en esta situación, el RFPF hace prevalecer el criterio excepcional de que la empresa que lo desee pueda evitar el sometimiento al plan sectorial promoviendo el suyo propio. Esta opción plantea un riesgo indudable de inviabilidad del plan adoptado en el ámbito supraempresarial si muchas empresas deciden instar la creación de un sistema de previsión individual. Aparte de que quiénes van a poder desmarcarse de la iniciativa adoptada en sede convencional van a ser, con toda probabilidad, las empresas medio-grandes que son las que ostentan capacidad suficiente como para plantearse la promoción individual de un plan de pensiones. A lo que hay que añadir también la ausencia de algún tipo de limitación a la hora de desligarse del mandato convencional, como podría ser el que el contenido protector previsto en el nuevo plan empresarial adoptado fueran mejor que el contemplado en el plan sectorial, además de la posibilidad de que la renuncia a participar en el plan de promoción conjunta pueda ser adoptado unilateralmente por el empresario¹³⁵⁷. En suma, la opción de la negociación colectiva supraempresarial como mecanismo útil para corregir la diversidad excesiva de planes de pensiones y para favorecer una cierta homegeneización de las condiciones de participación y de protección de los mismos encuentra importantes deficiencias, las cuáles se encuentran en el propio sistema legal. Así, lejos de poner condicionantes a la proliferación de planes en el marco empresarial, el desarrollo reglamentario propicia los mismos, facilitando vías de escape para que las organizaciones productivas

¹³⁵⁵ No es el caso del *Convenio Colectivo Laboral, de ámbito estatal, para el sector de agencias de viaje 2004-2006* (BOE 5 mayo 2005) que exige que las adhesiones al plan de pensiones colectivo se lleven a efecto por acuerdo mutuo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 32).

¹³⁵⁶ Así, se reconoce expresamente la obligatoriedad de las empresas afectadas por el convenio colectivo de participar en el plan de pensiones colectivo sectorial en el art. 75 del *Convenio Colectivo marco estatal para las empresas Organizadoras del Juego del Bingo* (BOE 11 diciembre 2003); art. 31 del *Convenio colectivo interprovincial de empresas para el comercio de flores y plantas* (BOE 26 octubre 2005); y art. 37 del *Convenio Colectivo Provincial del Sector de las Industrias del Aceite y sus Derivados de Córdoba y sus trabajadores* (BOP 15 julio 2004).

¹³⁵⁷ Inconvenientes que ha puesto de manifiesto SUÁREZ CORUJO, B.: “Planes de pensiones del sistema de empleo...”, *op. cit.*, p. 402.

–con mayor poder económico, cabe pensar- puedan evitar la integración en un plan sectorial.

Por otra parte, la articulación colectiva de planes en la modalidad conjunta puede verse contrarrestada igualmente por una práctica bastante frecuente en el ámbito de la negociación colectiva, a saber, la previsión del convenio colectivo supraempresarial de que sean las empresas afectadas por el mismo las que den cumplimiento a la obligación de previsión impuesta en sede convencional; algo que ha sido habitual en el caso de la suscripción de contratos de seguro colectivo. Pues bien, en idéntico sentido, nada impide que los convenios colectivos sectoriales renuncien a la instauración y regulación de un plan de pensiones de promoción conjunta trasladando la responsabilidad de su creación a cada uno de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación. De ese modo, el convenio supraempresarial recogería el compromiso por pensiones, pero serían las empresas afectadas por el mismo las que se encargarían, de forma obligatoria, de desarrollarlo en el marco empresarial. Reténgase que el mandato convencional puede ser lo suficientemente abierto como para que la empresa decida cada uno de los aspectos de ordenación del plan¹³⁵⁸ o puede contener especificaciones de algún tipo, en el sentido de establecer determinadas exigencias en cuanto a su contenido: modalidad del plan, contingencias cubiertas, contribuciones y aportaciones¹³⁵⁹.

Por último, hay que hacer mención de la contratación colectiva de planes de pensiones en el ámbito de los grupos empresariales y de las posibles insuficiencias que el modelo legal puede presentar en orden a favorecer una adecuada homogeneidad de la protección social privada en el seno de los mismos. De entrada, hay que recordar que con anterioridad a la aprobación del RD 304/2004 la constitución de un plan de pensiones de grupo requería de la concurrencia de todas las empresas, es decir, debían integrarse en el mismo todos los compromisos por pensiones de todas las empresas del grupo (art. 74.5. RD 1307/1988). Aunque este principio de unicidad¹³⁶⁰ en la instrumentación de los compromisos por pensiones en el seno del grupo de empresas contaba con excepciones, se hacía prevalecer en general una imagen de conjunto del grupo a la hora de promover un plan para todas las sociedades integradas en el mismo. Sin embargo, como ya se dijo, el art. 37.3.b) RD 304/2004 ha eliminado el principio de unicidad del plan de grupo, ya que ahora no se alude a una eventual participación

¹³⁵⁸ Es lo más común entre los convenios colectivos consultados. *Vid.*, a modo ejemplo, art. 58.2.e) del *Convenio Colectivo General de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo* (BOE 19 noviembre 2004); art. 65.3 del *Convenio Colectivo General, de ámbito estatal, para el año 2005, de las empresas de Mediación de Seguros Privados* (BOE 24 junio 2005); art. 66 del *Convenio Colectivo estatal de Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla Cocida* (BOE 12 agosto 2003); y art. 17 del *XIX convenio colectivo de Autoescuelas* (BOE 1 diciembre 2004).

¹³⁵⁹ *Ibidem*, p. 403.

¹³⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 283.

obligatoria de todas las sociedades en un único plan, pudiendo coexistir dos o más planes en el seno del grupo. Se autoriza reglamentariamente que “algunas de las empresas del grupo” puedan promover conjuntamente un plan de pensiones del sistema de empleo.

Esta flexibilidad en la creación de planes de pensiones por el grupo de empresas no sólo es consecuencia del marco legal de los planes sino también de la propia dinámica de la negociación colectiva en los grupos. Pese a la ausencia de regulación legal, la jurisprudencia ha considerado perfectamente admisible la celebración de convenios colectivos de carácter estatutario para un grupo de empresas, en atención al principio de libre elección de las unidades de negociación del art. 83.1 ET. Ahora bien, al amparo de este principio, también se ha admitido la negociación de un convenio de grupo parcial, para varias empresas del grupo o para dos, únicamente; además de la admisión de la vía extraestatutaria¹³⁶¹. Esta situación de diversidad convencional tiene su traslado lógico al ámbito de la contratación colectiva de los planes¹³⁶², de modo que en el seno de los grupos empresariales pueden convivir fórmulas de previsión distintas. Además, hay que tener en cuenta que la existencia de convenios de grupo no es la regla general¹³⁶³, de modo que lo habitual será la negociación de diversos convenios colectivos de empresa incluidos en el ámbito sectorial correspondiente¹³⁶⁴.

En fin, la permisibilidad legal en orden a favorecer marcos flexibles de contratación de los planes en el seno de los grupos como la propia dinámica negociada presente en estas organizaciones son dos factores que lejos de favorecer una deseable uniformidad de la protección social en los grupos, va a posibilitar su fragmentación. Así, no cabe descartar la existencia de

¹³⁶¹ Un análisis de la negociación colectiva de los grupos y de la consolidada jurisprudencia al respecto en MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias perspectivas”, *Tribuna Social*, núm. 98, 1999 y VV. AA. (Martínez Girón, J. coord.): *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

¹³⁶² Así, convenios colectivos de grupos que han previsto planes de pensiones únicos para todas las empresas integrantes del mismo, entre otros, *II Convenio Colectivo Marco del Grupo ENDESA* (BOE 3 agosto 2004), *II Convenio Colectivo del Grupo de Unión Fenosa* (BOE 13 junio 2002), *Convenio Colectivo para las empresas del Grupo Generali España* (BOE 4 agosto 2004); *Convenio Colectivo del Grupo Axa Seguros* (BOE 12 octubre 2005), *Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo* (BOE 26 octubre 2004) y *Convenio Colectivo de Mapfre, Grupo Asegurador* (BOE 30 abril 2005). Por el contrario, convenios de empresas integradas en grupos que han establecido su propio plan de pensiones, entre otros, el *VII Convenio Colectivo de la empresa Repsol Química, S.A.* (BOE 22 agosto 2003), *VI Convenio Colectivo de la empresa Repsol Petróleo, S.A.* (BOE 7 octubre 2003), *XXI Convenio Colectivo de la empresa “Repsol Butano, S.A.”* (BOE 12 marzo 2004), *IV Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Móviles España, S. A.* (BOE 30 septiembre 2004) y *IV Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Data España, S. A.* (BOE 22 octubre 2004).

¹³⁶³ *Vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en VV. AA.: *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva (XIV Jornadas de estudio de la negociación colectiva)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, p. 56.

¹³⁶⁴ Resulta paradigmático el supuesto del Grupo Telefónica, el cuál no cuenta con convenio propio.

dos o más planes que agrupen a diferentes empresas integrantes de la estructura de grupo, como en una multiplicidad de ellos, tantos como empresas formen parte del mismo. De producirse esta situación nos encontraríamos, con toda probabilidad, con condiciones de aportación y prestaciones distintas, lo que exigiría la adopción de medidas de coordinación inter-planes al objeto de proteger adecuadamente los intereses de previsión de los trabajadores –partícipes- en los supuestos de movilidad interna entre empresas del grupo¹³⁶⁵.

c') Contenido de las estipulaciones de previsión: la reglamentación jurídica débil del plan en el ámbito del convenio colectivo como rasgo predominante

La incorporación de los planes de pensiones del sistema de empleo en el ámbito del convenio colectivo se caracteriza por la diversidad de las fórmulas empleadas a tal objeto. Aún cuando se señalará a continuación un rasgo predominante en un número importante de ellos, lo cierto es que el establecimiento de los planes en sede convencional no atiende a una única pauta de reglamentación jurídica. Ello es consecuencia de dos aspectos derivados de las características de las normas reguladoras de esta fase de formalización del plan: por un lado, el sistema legal de los planes de pensiones no fija condicionamiento alguno a la asunción de compromisos por pensiones por las partes negociadoras de un convenio colectivo, únicamente se encargará de imponer el cauce procedimental a seguir una vez instituido el acuerdo de previsión correspondiente; por otro, el convenio colectivo se erige por definición en un espacio de libertad de las partes negociadoras para determinar la naturaleza y el alcance del plan de previsión a aplicar.

En cualquier caso, y pese a esta multiplicidad de formas de abordar el establecimiento de los planes en el convenio colectivo, se pueden distinguir tres grandes grupos, dependiendo del grado de formalización del plan en la norma convencional: en primer lugar, encontraríamos aquellos convenios en los que el contenido del plan está fuertemente reglamentado en el interior del convenio, fijando numerosos aspectos a incorporar al reglamento del plan¹³⁶⁶ o, incluso, integrando las especificaciones

¹³⁶⁵ Vid. ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 77.

¹³⁶⁶ Vid. Anexo II del *Convenio Colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, S. A.* (BOE 26 agosto 2005); Anexo D del *XII Convenio Colectivo de la empresa “Bridgestone Hispania, S.A.” (delegaciones comerciales)* (BOE 4 octubre 2005); art. 50 del *Convenio Colectivo de las Empresas “Praxair España, S. L.”*, “*Praxair Producción España, S. L.*”, “*Praxair Soldadura, S. L.*” y “*Praxair Euroholding, S. L.*” para los años 2004 y 2005 (BOE 5 octubre 2004), art. 63 del *II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa* (BOE 13 junio 2002), Disp. Adic. del *Convenio Colectivo de la empresa “Danone, Sociedad Anónima”* (BOE 4 febrero 2003); art. 67 del *Convenio Colectivo para los años 2004 y 2005 de la empresa “Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A.”* (BOE 27 octubre 2004); art. 53 del *II Convenio Colectivo Marco del Grupo ENDESA* (BOE 3 agosto 2004) en el que se fijan tres principios básicos que debe cumplir el sistema de previsión social complementaria: a) estabilidad, ya que la propia naturaleza de la materia hace necesaria la permanencia en el tiempo del sistema; b) deducibilidad, al

adoptadas en el propio convenio¹³⁶⁷; en segundo lugar, estarían aquellos convenios donde el plan de pensiones está escasamente reglamentado, limitándose los mismos a establecer aspectos muy básicos o elementales del contenido del plan¹³⁶⁸, de modo que una vez adoptados únicamente corresponde a la norma convencional introducir variaciones de tipo económico¹³⁶⁹, de adaptación legal o de otro tipo¹³⁷⁰; en tercer lugar, aparecerían los convenios colectivos de nula reglamentación jurídica, limitándose a reconocer la existencia de la medida de previsión¹³⁷¹, sin

considerarse un coste empresarial en materia de previsión social complementaria; y c) contributividad, dado que la empresa asume el compromiso de previsión respecto de los trabajadores que muestren un interés por el mismo.

¹³⁶⁷ Vid. el *Acta en la que se contienen los acuerdos de modificación del artículo 36 y de incorporación del Reglamento del Plan de Pensiones al Convenio Colectivo de la empresa Logista, S.A.* (BOE 11 febrero 2004); *Acta en la que se contienen los acuerdos de modificación del artículo 35 y la incorporación del Reglamento del Plan de Pensiones al Convenio Colectivo de la empresa Altadis, S.A.* (BOE 11 febrero 2004); art. 58 del *III Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo* (BOE 26 octubre 2004) en el que las partes convenientes manifiestan su voluntad de ratificar y consiguientemente incluir como parte indisoluble que forma parte del contenido del presente convenio, las “disposiciones que recogen las bases esenciales y los fundamentos del nuevo Sistema de Previsión Social Complementario (...) que configuran las aportaciones y consiguientes prestaciones del Sistema”; el art. 31 del *Convenio Colectivo interprovincial de empresas para el comercio de flores y plantas* (BOE 26 octubre 2005) que expresamente señala que las Especificaciones del Plan de pensiones se incorporan como Anexo al Convenio Colectivo o el art. 65 del *Convenio Colectivo para los centros de trabajo del grupo de empresas TAFISA en Pontecaldela, Betanzos y Solsona* en el que se indica que las Especificaciones aprobadas por la Comisión de Control del plan se dan por íntegramente transcritas en el “Convenio a todos los efectos legales...”.

¹³⁶⁸ Normalmente el tipo de aportaciones a realizar [art. 72 del *IV Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Móviles España, S. A.* (BOE 30 septiembre 2004); *Acta de desarrollo y modificación del I Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y los Tripulantes de Cabina de Pasajeros* (BOE 29 junio 2005); art. 41 del *V Convenio Colectivo de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona* (BOE 10 marzo 2004); art. 113 del *IV Convenio Colectivo de la empresa “BP Oil España, Sociedad Anónima”* (BOE 2 octubre 2002); y art. 54 del *Convenio Colectivo de las empresas Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio* (BOE 8 agosto 2005)]; la naturaleza de las prestaciones o contingencias cubiertas [Anexo del *VI Convenio Colectivo de la empresa Mediterráneo Obra Agrícola, S.A.* (BOE 6 mayo 2005)]; art. 48 del *Convenio Colectivo de Mapfre, Grupo Asegurador* (BOE 30 abril 2005); art. 32.^a bis del *I Convenio Colectivo de la empresa Nexans Iberia, S.L.* (BOE 22 agosto 2005)] o los subplanes en que se ordena el plan [art. 35 del *Convenio Colectivo Air Liquide España, S.A.; Air Liquide Medicinal, S.L.U.; Air Liquide Producción, S.L.U. y Air liquide Ibérica de Gases, S.L.U.* (BOE 9 noviembre 2005) y art. 37 del *Convenio Colectivo para las empresas del Grupo Generali España* (BOE 4 agosto 2004)].

¹³⁶⁹ Vid., entre otros, art. 18 del *Convenio colectivo para el Banco de España y sus trabajadores* (BOE 21 febrero 2005); art. 55 del *Convenio colectivo de la empresa Paradores de Turismo, S.A.* (BOE 29 octubre 2005); art. 40 del *Convenio Colectivo de la empresa British American Tobacco España, S. A.* (BOE 14 septiembre 2005); art. 62 del *III Convenio Colectivo de la empresa Corporación de Medios de Murcia, S.A.* (BOE 5 octubre 2004); y art. 35 del *I Convenio Colectivo de la empresa Cemex España, S.A.* (BOE 30 septiembre 2003).

¹³⁷⁰ Por ejemplo, el reconocimiento de la condición de partícipes a empleados que provengan de otras empresas pertenecientes al grupo [Cláusula XXIII del *I Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Internacional Wholesale Services, S. L.* (BOE 22 septiembre 2003)].

¹³⁷¹ Vid. art. 82 del *II Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima (2005-2008)* (BOE 25 septiembre 2006); Disp. Adic. 13.^a del *Convenio Colectivo de la Empresa Mahon, S.A.* (BOE 1 noviembre 2005); art. 75 del *Convenio Colectivo marco estatal para las empresas Organizadoras del Juego del Bingo* (BOE 11 diciembre 2003); *Convenio Colectivo de la empresa “Compañía Española de Petróleos, S.A.”* (BOE 29 septiembre 2003); art. 53 del *Convenio Colectivo de la empresa “BSN Glasspack España, S. A.”* (BOE 5 enero 2004); art. 97 del *Convenio Colectivo para las empresas Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., e Hidroeléctrica Distribución Eléctrica, S.A.U.* (BOE 19

desarrollo convencional alguno y, normalmente, con alguna fórmula de reenvío al reglamento de especificaciones correspondiente¹³⁷². Además, habría que hacer mención de aquellos otros casos en los que la eventual implantación del plan se hace depender de un estudio previo¹³⁷³, normalmente asociado al cumplimiento de la obligación legal de exteriorización de los compromisos preexistentes¹³⁷⁴, o incluso adquirido el compromiso de su formalización, éste se somete a un plazo determinado¹³⁷⁵.

Como se ve, las estipulaciones de previsión en materia de planes de pensiones del sistema de empleo tienen diversas formulaciones, las cuáles reflejan distintas opciones de política-jurídica en orden a la determinación del papel a desempeñar por la autonomía colectiva en la efectiva ordenación del plan. En el primer caso, cuando el convenio decide incorporar a su contenido el conjunto de las características del plan o, incluso, sus propias especificaciones, existe una intención clara de condicionar en todo lo posible la propia dinámica del plan a través de la negociación colectiva. En el segundo, cuando el convenio únicamente

noviembre 2004); y art. 6.3 del *Convenio colectivo del grupo empresarial "ENCE, Sociedad Anónima" y sus trabajadores del centro de trabajo de oficinas centrales (Madrid) y del Centro de Investigación Tecnológico (CIT-Pontevedra)* (BOE 11 abril 2002).

¹³⁷² El artículo 24 del *Convenio Colectivo de la empresa Gas Natural Comercializadora, S.A.* (BOE 14 septiembre 2005) resulta muy claro al respecto: "En el Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo se regulan todas las prestaciones sociales complementarias". En parecidos términos, art. 75.6 del *XIII Convenio Colectivo de la empresa O.N.C.E. y su personal* (BOE 25 octubre 2005); art. 33 del *Convenio Colectivo de la empresa AGFA-Gevaert, S.A.U.*; art. 69 del *IV Convenio Colectivo de la empresa "Asfaltos Españoles, Sociedad Anónima"* (BOE 11 julio 2000), y art. 28 del *Convenio Colectivo de la empresa "Alcoa Inespal, Sociedad Anónima"* (BOE 13 marzo 2001).

¹³⁷³ Así, la Disp. Adic. 4ª del *Convenio Colectivo Estatal de la empresas de seguridad 2005-2008* (BOE...) establece que "las partes firmantes de este Convenio Colectivo se comprometen en enero de 2006 a constituir una Comisión de Estudio sobre la posible implantación de un Plan o Fondo de Pensiones para los trabajadores del sector de seguridad privada". La Disp. Final 8ª del *Convenio Colectivo de las empresas Ediciones Primera Plana, S.A., Gráficas de Prensa Diaria, S.A, Zeta Servicios y Equipos, S.A., Logística de Medios de Catalunya, S.L., Zeta Gestión de Medios, S.A. y Grupo Zeta, S.A, Centros de Trabajo de Barcelona* (BOE 12 abril 2003) establece únicamente que "a lo largo del año 2003 se tratará la creación de un Plan de Pensiones y jubilación". Igualmente, la Disp. Adic. 6ª del *Convenio básico, de ámbito estatal, para las Industrias Cárnicas* (BOE 28 febrero 2005) indica que "la Comisión Paritaria encomendará la realización de los estudios necesarios para que las partes puedan tener un conocimiento pormenorizado de los distintos tipos de fondos y planes de pensiones, complementarios del sistema público de pensiones". En parecidos términos, *vid.* Disp. Adic. 5ª del *Convenio Colectivo de Perfumerías y Afines* (BOE 21 septiembre 2004); Disp. Tras. Única del *II Convenio Colectivo General de Derivados del Cemento* (Boe 1 octubre 2001); y Disp. Adic. del *Convenio Colectivo para Farmacias, para los años 2003 a 2006* (BOE 5 julio 2004).

¹³⁷⁴ *Vid.* Disp. Trasn 5ª del *II Convenio Colectivo de la empresa "Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, S.A." (Colebega, S.A.)* [BOE 21 octubre 2003]; art. 32 del *III Convenio Colectivo Estatal del Sector de Desinfección, Desinsectación y Desratización* (BOE 17 noviembre 2003); Disp. Final 2ª del *Convenio Colectivo nacional de mataderos de aves y conejos para el periodo de 2003-2005* (BOE 2 diciembre 2003).

¹³⁷⁵ Sirva de ejemplo el *Acta donde se recogen los acuerdos de revisión salarial del Convenio colectivo del grupo de empresas Ortiz* (BOE 14 septiembre 2005) que en su Apartado 3º establece la previsión de "creación de un Plan de Pensiones de la Modalidad de Empleo, cuyas condiciones y especificaciones, así como las normas de funcionamiento, se aprobarán a lo largo del presente año, a través de la negociación colectiva".

impone determinados aspectos puntuales al plan, habrá que pensar que lo pretendido es otorgar, dentro del marco legal, un amplio margen de reglamentación al esquema institucional propio de los planes de pensiones. Por último, en el supuesto de que el convenio se limite a ejercer una función de reconocimiento del sistema de previsión, habrá que deducir que la intención de las partes negociadoras es la de la autonomización por completo de los planes de pensiones respecto de la negociación colectiva de origen. Todas estas opciones son posibles, dependiendo del grado de formalización del plan por el propio convenio colectivo, de modo que en la medida en que en sede convencional se impongan determinados condicionamientos al sistema de previsión instituido, mayor grado de subordinación tendrá éste respecto de aquél. Hay que tener en cuenta que esta relación de interacción entre la negociación colectiva y el sistema-plan se encuentra presente a lo largo de la regulación legal y reglamentaria de los planes de pensiones del sistema de empleo. Una interdependencia que reconocida en múltiples aspectos, los cuáles ya se han puesto de manifiesto y serán objeto de desarrollo en su momento, se prolongará a lo largo del ciclo vital del plan y tendrá la intensidad que las propias partes decidan en el ámbito del convenio colectivo respetando, en su caso, el marco institucional propio del sistema legal de los planes.

Sin embargo, este papel activo de la negociación colectiva como condicionante del desenvolvimiento del plan de pensiones parece no ser la vía que se esté consolidando en sede negocial. Se aprecia en el conjunto de los convenios colectivos una preferencia por el cauce de la reglamentación jurídica tenue del plan en el seno de los convenios colectivos, favoreciendo el sometimiento de buena parte de su regulación a las especificaciones correspondientes. Hay, por tanto, una remisión, en ocasiones en bloque, del contenido del plan a los dispositivos previstos en la fuente heterónoma de regulación. Se prefiere, como norma general, que sea en el marco institucional del plan donde tenga lugar el proceso de representación y negociación de los intereses de previsión instituidos en el convenio colectivo.

En cualquier caso, una opción más o menos reglamentista en sede convencional, no va a impedir la autonomización relativa del sistema-plan, ya que ello viene requerido por la propia lógica de este instrumento de previsión privada, que goza de un ámbito jurídico-institucional propio e indisponible, el cuál, por otra parte, resulta especialmente idóneo para superar algunas limitaciones intrínsecas de la negociación colectiva en estas materias y garantizar más adecuadamente los derechos de previsión durante el funcionamiento del plan atendiendo a la variabilidad de las situaciones empresariales y de los contenidos de la negociación

colectiva¹³⁷⁶. Ahora bien, el encauzamiento hacia fuera de la regulación de las medidas de previsión instituidas sin condicionamiento alguno por parte del instrumento negocial que les ha dado origen tampoco resulta una buena medida en términos de seguridad, ya que el reconocimiento del plan sigue situándose en el marco del convenio colectivo. El problema de la disponibilidad convencional de las pensiones complementarias no resuelve el problema planteado. Por ello, como se verá a continuación, resulta más acertada aquella opción por la regulación de la materia previsora a través de acuerdos colectivos específicos y no tanto por medio de un convenio colectivo general.

d') La viabilidad del convenio colectivo extraestatutario

Por lo pronto, nada impediría que un plan de pensiones del sistema de empleo tuviera como fuente constitutiva a un convenio colectivo de naturaleza extraestatutaria¹³⁷⁷. La falta de concreción en la mención general que el TRLPFP realiza al convenio o a otros acuerdos colectivos es un primer elemento a tener en cuenta para no imposibilitar esta manifestación de la autonomía colectiva. Junto a ello, y a la aceptación doctrinal de esta vía de negociación¹³⁷⁸, con fundamento constitucional¹³⁷⁹, al margen de los requisitos formales impuestos en el Título III ET, habría que añadir su admisión por vía jurisprudencial como instrumento apto para crear y regular esta modalidad de planes¹³⁸⁰. Tampoco sería un obstáculo para la implantación de un plan de pensiones vía pacto extraestatutario el hecho de que éste posea una eficacia limitada, lo que implicaría la imposibilidad de su utilización para regular las condiciones de un plan caracterizado por su proyección de generalidad¹³⁸¹. La exigencia legal de salvaguardar el derecho de adhesión individual de los trabajadores no comprendidos en el ámbito de aplicación del pacto permitiría en todo momento garantizar su acceso¹³⁸².

¹³⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 62.

¹³⁷⁷ Un análisis de la instauración y regulación de los planes de pensiones del sistema de empleo a través de la acción colectiva extraestatutaria en MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: “La protección social en los convenios colectivos extraestatutarios”, en VV.AA (Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J, J, dirs.): *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 373-376.

¹³⁷⁸ En contra MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre la viabilidad legal de los convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores”, en VV. AA.: *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, ACARL, 1984, pp. 49 y ss.; y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *Los convenios colectivos irregulares*, Madrid, Comité Económico y Social, 1999.

¹³⁷⁹ *Vid.* SSTC 73/1984, 27 junio; 58/1985, 30 abril; 98/1985, 29 julio.

¹³⁸⁰ *Vid.* SSTS 26 enero 1993 (*RJ* 1993, 270), 10 junio 1996 (*RJ* 1996, 5004), 20 diciembre 1996 (*RJ* 1997, 9812), 13 abril 1999 (*RJ* 1999, 1036), 8 junio 1999 (*RJ* 1999, 5208), 29 noviembre 2000 (*J* 2000, 2627), 17 enero 2001 (*J* 2001, 23) y 3 julio 2001 (*J* 2001, 1689).

¹³⁸¹ La jurisprudencia ha declarado que los convenios de eficacia limitada no pueden tener una regulación que presuponga su aplicación a todos los trabajadores de la empresa de manera conjunta e indiferenciada, por lo que algunas materias no pueden ser objeto de regulación en tales convenios. *Vid.* STS 30 mayo 1991 (*RJ* 1991, 5233).

¹³⁸² MARTIN VALVERDE, A.: “Jurisprudencia social sobre...”, *op. cit.*, p. 24.

Ahora bien, admitido el convenio de naturaleza extraestatutaria como soporte de los planes de pensiones en la modalidad de empleo, hay que poner de manifiesto los riesgos que puede presentar la utilización de este mecanismo de instauración. En concreto, habría que resaltar tres problemas esenciales. En primer lugar, y en virtud del principio de no discriminación (art. 5.1.a) TRLFPF), resultaría necesaria la apertura de un proceso de adhesión para que cualquier trabajador que reuniera las condiciones expresadas en el convenio pudiera acogerse al plan de pensiones¹³⁸³. Ello sugiere la posibilidad de que existan casos de trabajadores renuentes a la aplicación del convenio, singularmente los afiliados a los sindicatos contrarios al convenio firmado, y que, por tanto, no se adhieran al sistema de previsión instituido. Además, de producirse una situación de abstención generalizada, cabría pensar en los efectos adversos que ello podría ocasionar al plan en su conjunto¹³⁸⁴. En segundo lugar, hay que hacer referencia a la posibilidad, bastante frecuente, de un conflicto de concurrencia entre convenios en materia de previsión social voluntaria. En otros términos, la instauración de un plan de pensiones fruto de un pacto extraestatutario que tuviera la finalidad de exteriorizar un sistema de previsión anterior o modificar un plan de pensiones, ambos recogidos en un convenio colectivo estatutario, tan solo sería admisible si se mejoraran las condiciones establecidas en este último¹³⁸⁵ y, por supuesto, se ofreciera, simultáneamente la opción de la adhesión a los potenciales partícipes no incluidos en el ámbito de aplicación del primero. Por último, las diferencias de régimen jurídico que se suscitarían entre los trabajadores y empresas afiliados y asociados a las organizaciones sindicales y a las asociaciones empresariales signatarias del convenio y los trabajadores adheridos plantea numerosas dificultades de viabilidad futura del plan, de aceptarse que lo acordado para aquellos tiene naturaleza normativa y para éstos carácter contractual. En efecto, en el caso de los trabajadores que se adhieren al convenio colectivo de eficacia limitada las cláusulas de participación y regulación del plan se incorporarán a sus contratos de trabajo como condición más beneficiosa de necesario respeto por normas posteriores. Ello significa que a éstos no les resultaría aplicable el principio de modernidad en la sucesión de convenios colectivos, por lo que de producirse cambios en las condiciones de regulación o participación en el

¹³⁸³ La cláusulas de adhesión –individuales o colectivas– al convenio extraestatutario son una práctica frecuente y aceptada por la jurisprudencia. *Vid.* SSTs 14 junio 1995 (*RJ* 1995, 6254) 10 junio 1998 (*RJ* 1998, 4105) 30 marzo y 8 junio 1999 (*RJ* 1999, 3779) y (*RJ* 1999, 5208).

¹³⁸⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 144.

¹³⁸⁵ Así lo ha entendido la STSJ 13 abril 1999 (*AS* 1999, 1036) en la que se considera que de respetarse las condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo de eficacia general que tienen el carácter de mínimo de derecho necesario, sería de aplicación el art. 3.3 ET que se refiere a cualquier tipo de norma laboral tanto estatales como pactadas, entre estas últimas, los convenios o acuerdos de eficacia limitada o extraestatutaria.

plan no tendrían porque verse afectados, a salvo de una novación contractual individual o la vía del art. 41 ET.

b) El plan de pensiones como convenio o acuerdo colectivo de previsión

Los planes de pensiones del sistema de empleo no sólo van a poder ser objeto de regulación en el conjunto de las condiciones de generales de trabajo del convenio o acuerdo colectivo, sino también pueden ser su único o principal contenido¹³⁸⁶. De este modo, resultaría jurídicamente admisible, con una base amplia de apoyo en los arts. 82, 83 y 85 ET, que la finalidad exclusiva o prioritaria del proceso de negociación colectiva fuera alcanzar un acuerdo de formalización jurídica del plan y, en su caso, de ordenación de las condiciones de participación y protección del mismo. Estaríamos, por tanto, ante un convenio o acuerdo de contenido material monográfico que presta toda o casi toda su atención a la instauración de una o varias medidas de previsión.

Esta posibilidad de que el plan (o la medida de previsión social correspondiente) sea el contenido central o exclusivo de la negociación colectiva resulta sobradamente conocida en otros ordenamientos¹³⁸⁷. En el caso español, esta opción va a poder instrumentarse jurídicamente a través de diferentes productos convencionales. En primer lugar, cabe pensar en la vía jurídica de los acuerdos-marco impropios (art. 83.2 ET), los cuáles no sólo establecen los aspectos estructurales y formales de la negociación colectiva sino también regulan condiciones de trabajo aplicables al ámbito correspondiente, entre las cuáles hay que considerar las de previsión social¹³⁸⁸. Una opción de formalización y de regulación que en la práctica negocial ya tiene alguna incidencia en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo pero sin llegar a consolidarse como el contenido central o exclusivo de esta vía de negociación¹³⁸⁹. En segundo lugar, no hay

¹³⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., pp. 274-275.

¹³⁸⁷ Destaca, en este sentido, el caso francés, donde los acuerdos de previsión social independientes tienen un protagonismo esencial en el ámbito de los regímenes complementarios de base profesional.

¹³⁸⁸ En puridad, el acuerdo marco en sentido estricto o propio “se caracteriza por un contenido típico que la ley establece (dirigido a estructurar y ordenar la negociación colectiva, tanto formal como sustantivamente) y no por regular directamente condiciones de trabajo. La propia ley, sin embargo, parece admitir otro tipo de Acuerdos (la referencia a “convenios colectivos”) que, en virtud de la libertad contractual y autonomía de las partes, pudiese incluir, junto a la regulación de la estructura contractual, condiciones de trabajo aplicables directamente (acuerdo marco “impropio”); condiciones respecto de las cuáles es claramente aplicable el art. 85 ET” (MORENO VIDA, M.ª N.: “Comentario al art. 83 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto...*, op. cit., p. 890z9).

¹³⁸⁹ Resulta digno de mención el *III Acuerdo laboral, de ámbito estatal, del sector de hostelería* (BOE 5 mayo 2005) en el que, entre otras medidas, se adquiere el compromiso de impulsar la negociación de la sustitución de las cláusulas de los llamados “Premios de Jubilación” en aquellos convenios colectivos sectoriales de hostelería, a través de las partes legitimadas en los correspondientes ámbitos territoriales de negociación colectiva, así como en los ámbitos inferiores correspondientes para adecuar o sustituir los actuales pactos que se hubieren acordado en relación con los citados premios (disp. trans. 1ª). Por su importancia, cabe destacar el *III Acuerdo Marco del grupo Repsol YPF* (BOE 7 mayo 2003) que establece el conjunto de modificaciones a realizar en los reglamentos de planes de pensiones de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del acuerdo (Anexo 3).

que descartar el mecanismo de los acuerdos interprofesionales sobre materias concretas, según lo dispuesto por el art. 83.3 ET, que podrían ocuparse también de la implantación y ordenación en exclusiva o como contenido central de medidas de previsión social, señaladamente de planes de pensiones del sistema de empleo¹³⁹⁰. Reténgase que su finalidad es la de proporcionar una regulación común y especialmente detallada sobre una determinada materia, asimilándose a verdaderos convenios colectivos, por lo que resultarían de enorme utilidad para llevar a buen término una coordinación, generalización u homogeneización de los sistemas privados de pensiones complementarias¹³⁹¹. El protagonismo de la negociación colectiva de empresa en esta materia con la consiguiente proliferación de una multiplicidad de sistemas con condicionamientos protectores diversos exige, cada vez más, de la adopción de criterios de homogeneización y de adecuación técnica en los distintos niveles de negociación colectiva¹³⁹². Por último, también los acuerdos o pactos de empresa¹³⁹³ van a poder erigirse en instrumento de creación y, en su caso, regulación en exclusiva de programas de previsión complementaria. La consolidación de la dualidad de productos normativos de regulación convencional –convenio colectivo y acuerdo colectivo de empresa-, cuestión muy asentada en el ámbito de las grandes empresas, puede tener su reflejo en el ámbito de la previsión social. La mayor capacidad de adaptación de la negociación colectiva informal en comparación a la institucionalizada convierte a los acuerdos o pactos de empresa en instrumentos potencialmente aptos para la implantación de planes de pensiones del tipo de empleo. De hecho, los planes de pensiones y las medidas de previsión social complementaria en general están encontrando perfecto acomodo en los terrenos más apropiados y habituales¹³⁹⁴ por los que discurre la negociación colectiva

¹³⁹⁰ Hay que tener en cuenta que la referencia a materias concretas se hace sin adjetivos ni pautas añadidas, lo que “significa obviamente una intención flexible, carente de propósitos restrictivos” [SANTIAGO REDONDO, K.: *La negociación colectiva en la cumbre (artículo 83.3 ET)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 121].

¹³⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 275.

¹³⁹² GETE CASTRILLO, P.: “La protección social voluntaria en la negociación colectiva sectorial de 1997”, en UGT: *Anuario de negociación colectiva 1997*, Madrid, 1998, p. 276.

¹³⁹³ Resulta difícil acotar la figura heterogénea del acuerdo de empresa, la cuál ha experimentado desde la reforma de los años noventa una expansión sin precedentes fruto de las políticas de flexibilidad reguladora y de descentralización del sistema de negociación colectiva. En cualquier caso, se pueden apuntar cuatro notas que los distinguen de los convenios colectivos, tanto estatutarios como extraestatutarios: primera, son acuerdos internos a la unidad empresarial; segunda, vienen referidos a cuestiones puntuales y concretas; tercera, atienden funciones de especificación o de desplazamiento de reglas más generales; cuarta, presentan un nivel de reglamentación legal débil. Sobre la naturaleza y alcance de estos acuerdos, *vid.*, entre otros, SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C. y PEDRAJAS MORENO, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, Comité Económico y Social, 1998; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid, Civitas, 1999; y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Madrid, Civitas, 2003.

¹³⁹⁴ Expresiones utilizadas por GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa...*, op. cit., p. 62.

informal. Por un lado, en su función de regulación puntual de determinados aspectos de la relación de trabajo, sean o no complementos de la negociación típica. Éste ha sido el cauce utilizado por los Bancos y Cajas de Ahorros para la implantación y desarrollo de planes de pensiones del sistema de empleo como contenido exclusivo de un acuerdo empresarial¹³⁹⁵ y también el de un buen número de empresas que optan por la adopción de acuerdos específicos de previsión social para dar cumplimiento a la obligación legal de exteriorización¹³⁹⁶. Por otro, el tratamiento de problemas coyunturales de la empresa (crisis, reestructuraciones, cambios en la organización, etc.) también se ha traducido en la adopción de acuerdos informales donde la previsión social voluntaria y, en concreto, los planes del sistema de empleo han tenido un lugar preferente¹³⁹⁷.

Desde luego, esta posibilidad de que el resultado de la negociación colectiva sea un acuerdo o convenio colectivo de previsión social, cuyo único (o principal) objeto sea formalizar el compromiso de creación de un sistema privado de pensiones, puede tener ventajas indudables frente a la incorporación del plan en el conjunto de las materias objeto de regulación por el convenio colectivo general. Por lo pronto, se favorecería una más que recomendable desconexión de esta materia con otros aspectos (retributivos, de jornada etc.) que forman parte del contenido tradicional

¹³⁹⁵ En el caso de los Bancos, la Disp. Adic. 6ª del *XX Convenio Colectivo de Banca* (BOE 2 agosto 2005) prevé “en el ámbito de cada empresa, mediante acuerdo con la representación de los trabajadores” la posibilidad de que se regulen o establezcan “sistemas de previsión social, sustitutivos o complementarios, distintos del establecido en los artículos 35, 36 y 37” del citado convenio. Previsión que se ha venido recogiendo en anteriores convenios y que ha dado lugar a importantes acuerdos de protección social complementaria en el sector financiero. Sirva de ejemplo ilustrativo el *Acuerdo de Previsión Social en BBVA* (14 noviembre 2000). En el supuesto de las Cajas de Ahorros, se ha seguido un proceso idéntico a la hora de proceder a la implantación de medidas de previsión, señaladamente de planes de pensiones de empleo. Al amparo de lo establecido en la Disp. Adic. 3ª del *Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros* (BOE 23 febrero 2000) se alcanzó el *Pacto de empresa por el que se sustituye el sistema de previsión social complementaria de los empleados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (IBERCAJA)* de 13 de septiembre 2001. En la misma línea, cabe situar el *Acuerdo sobre previsión social complementaria en Caja Madrid*, (3 julio 1998). En la actualidad, el *Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros* en vigor (BOE 15 marzo 2004) convalida los pactos adoptados en la materia y posibilita el que se sigan estableciendo sistemas de previsión social en el ámbito de cada Caja, mediante acuerdo con la representación de los trabajadores (art. 65).

¹³⁹⁶ Ejemplos de ello son el *Acuerdo por el que se establece un nuevo sistema de previsión social complementaria que sustituye a los artículos 51, 52, 53 y 54 del Convenio Colectivo de la empresa “Prensa Española, Sociedad Anónima”* (BOE 26 julio 2000); *Acuerdo Laboral sobre exteriorización del sistema de previsión social en Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.* (21 junio 2002); y el *Acuerdo para la transformación y exteriorización del plan de previsión social y compromisos por pensiones Catalana Occidente*.

¹³⁹⁷ Un claro ejemplo de la conexión de la protección social complementaria con el proceso de reestructuración de las empresas se pueden encontrar en el *II Acuerdo Complementario sobre los Procesos de Reordenación Societaria y Reorganización Empresarial del Grupo Endesa* (BOE 14 junio 2002) en el que se establece “un único plan de pensiones para todas las Empresas del Grupo Endesa (artículo 42 del Código de Comercio), que será el resultado de la integración de los planes existentes, así como de aquellos otros que estén en la actualidad pendientes de formalización...”.

del convenio colectivo ordinario¹³⁹⁸. Su consideración autónoma contribuiría a evitar la repercusión que la instauración de medidas de previsión social puede tener en la cuantificación de salarios y en sus incrementos¹³⁹⁹. Por otro lado, este tipo de convenios o acuerdos específicos podrían contribuir a dotar de mayor estabilidad a los compromisos por pensiones objeto de regulación, pudiéndose pactar una vigencia larga del convenio colectivo o, incluso, indefinida¹⁴⁰⁰. Y es que el reconocimiento de esta estabilidad en el marco de un acuerdo específico de previsión social podría ser una solución al problema práctico de la necesaria continuidad de un régimen que se considere realmente previsor, lo cual exige un cierto margen de seguridad para los sujetos implicados¹⁴⁰¹. Por último, los convenios o acuerdos monográficos de previsión pueden servir para lograr un mayor grado de homogeneidad en esta materia¹⁴⁰². Ya se comentó la virtualidad de los acuerdos interprofesionales específicos como mecanismos de coordinación en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo, pero lo mismo cabe decir de convenios o acuerdos de previsión de ámbito supraempresarial en general, los cuáles podrían contribuir a consolidar sistemas de protección social más estructurados desde arriba.

1.2. La iniciativa unilateral del empleador como fuente constitutiva del plan: su papel marginal

Otra de las posibles formas de que un plan de pensiones del sistema de empleo llegue a instaurarse, en este caso, en el ámbito de una empresa va a poder ser a través de la iniciativa individual del empleador. En otras palabras, la medida de previsión social puede venir impulsada, desde su inicio, por el empresario, sin que exista necesariamente un mandato convencional que le obligue a ello. Estaríamos ante el supuesto de la creación de un plan que tiene su origen en la voluntad unilateral del

¹³⁹⁸ Y es que este contenido estándar del convenio colectivo ordinario “casa mal con la materia asistencial, o en otras palabras, no existe una conexión directa y necesaria...” (GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, op. cit., p. 228).

¹³⁹⁹ Al margen de su consideración estricta como salario o no, “lo que es indudable es que en cuanto coste del factor del trabajo no dejarán de influir en la negociación colectiva” (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los Planes y Fondo...”, op. cit., p. 96), pudiendo surgir “el acuerdo de previsión como una contrapartida de carácter social a favor de los trabajadores dentro de la negociación colectiva del coste global de la remuneración del factor trabajo” (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit. p. 96). Recuérdese el fenómeno de la compra de derechos de previsión –premios de jubilación- a cambio del incremento, en nada equiparables, de complementos salariales.

¹⁴⁰⁰ Cuestión “difícilmente factible cuando en el convenio se regulan también cuestiones tales como el salario o la jornada que corresponde a los trabajadores” (GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, op. cit., p. 228).

¹⁴⁰¹ En esa línea se sitúa el *Convenio Colectivo de unificación de condiciones del personal pasivo de las empresas pertenecientes al Grupo Ercros (Ercros, S.A. y Ercros Industrial, S.A.)* [BOE 3 junio 2004] el cuál estará vigente mientras persistan los compromisos en él asumidos (art. 5).

¹⁴⁰² Comparten esta opinión GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, op. cit, p. 228 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 192.

empresario, con base en el poder directivo del cual es titular¹⁴⁰³. De hecho, los arts. 9.1 TRLFPF y 27.1 RFPF parecen referirse a esta actuación del empleador al margen de todo compromiso previo contraído en el marco de la negociación colectiva en orden a su establecimiento. Así, señalan expresamente que “el promotor del plan de pensiones elaborará el proyecto inicial del plan...”, lo que supone admitir en todo momento que de no existir una iniciativa convencional al respecto como soporte del plan a instituir siempre existirá la posibilidad de que el empresario pueda activar el proceso constitutivo correspondiente. En cualquier caso, esta libertad que todo empleador ostenta para la implantación de medidas de previsión social se ve constreñida a la fase inicial de promoción propiamente dicha, ya que tras la decisión de formalizar un plan del sistema de empleo se pone en marcha el procedimiento para su aprobación, el cuál está reglamentado legalmente y exige de la participación de los interesados. Al margen de que, como será habitual, al empleador le interesará, antes de tomar la decisión de constituir el plan, pulsar el interés de los trabajadores respecto de la medida a adoptar.

Los efectos jurídicos que esta forma constitutiva comporta en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo son fácilmente imaginables, ya que una vez formalizado el plan conforme a los requerimientos procedimentales que a continuación veremos, se ha de entender que los términos contractuales de aquél se incorporan al contenido de los contratos de trabajo respectivos de cada uno de los partícipes como condición más beneficiosa adquirida. Esta consecuencia está fuera de toda duda ya que constituido el plan quedará acreditada la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que superará a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo¹⁴⁰⁴. Bajo estas circunstancias, y a salvo de lo que se dirá más adelante con ocasión del tratamiento de las garantías de los sistemas privados de pensiones, el plan no podrá ser modificado o alterado por la actuación unilateral del empleador, sino que el mismo pervivirá mientras las partes no acuerden otra cosa¹⁴⁰⁵ o mientras no sea

¹⁴⁰³ Ésta ha sido, por lo demás, la vía tradicional de instauración de los mecanismos de previsión social en el ámbito de las grandes corporaciones, al menos en países como Alemania, Japón y Reino Unido, donde el empleador ha ostentado una posición dominante a la hora de proceder a la implantación de aquéllos. Vid. TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de pension...*, op. cit., p. 146. En el caso francés, se trata, además, de una opción que, como ya se dijo, está expresamente reconocida en el art. L. 911.1 du Code de la Sécurité sociale y que, incluso, podría erigirse en costumbre o uso de empresa (*usage*) si la medida permanece con el tiempo y es percibida por los asalariados como obligatoria. Vid. sobre esta cuestión LYON-CAEN, G.: *La prévoyance*, op. cit., pp. 48-49.

¹⁴⁰⁴ Vid. SSTs 7 junio 1993 (*RJ* 1993, 4544); 25 de enero 1995 (*RJ* 1995, 410); 31 de mayo 1995 (*RJ* 1995, 4012) y 8 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5758); 11 marzo 1998 (*RJ* 1998, 2562).

¹⁴⁰⁵ Como ha señalado algún pronunciamiento jurisprudencial, “es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose, en definitiva, el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas”. Vid. STS 11 septiembre 1992.

compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente- más favorable que modifique el "status" anterior en materia homogénea o se den las circunstancias necesarias para el juego del principio de la cláusula "rebus sic stantibus".

Finalmente, cabe pensar que esta vía de instauración de los sistemas privados de pensiones debe ser minoritaria atendiendo a una serie de consideraciones. En primer lugar, podría ser factible en el ámbito de las pequeñas empresas donde no exista representación de los trabajadores, señaladamente en el supuesto de los que en otro lugar denominamos microplanes. Sin embargo, razones de orden económico pueden hacer inviable aquella opción, siendo más aconsejable la de la adhesión a un plan de promoción conjunta de ámbito sectorial; aparte de que la integración en un plan de ámbito supraempresarial puede resultar obligatoria para las empresas afectadas por el convenio colectivo que le dio origen. En segundo lugar, es el propio promotor el que puede tener un interés objetivo en negociar el plan con carácter previo a su definitiva formalización jurídica. Reténgase que determinados aspectos de enorme importancia del contenido del plan –su carácter contributivo o no, la diversificación de aportaciones, la figura de los subplanes, el procedimiento de modificación de las especificaciones, etc.- pueden condicionar la decisión del promotor a la hora de tomar la iniciativa de crear un plan de forma unilateral. Por ello, es muy probable que se decante por la opción de negociar colectivamente los aspectos apuntados. En tercer lugar, puede que el margen de actuación individual del promotor se vea fuertemente limitado de existir en la empresa un sistema de previsión anterior instaurado colectivamente. En efecto, si la empresa cuenta con compromisos por pensiones gestionados con fondos internos y pactados previamente en la negociación colectiva sería obligatoria su transformación en un plan de pensiones o contrato colectivo de seguro. El origen negocial de los compromisos conllevaría inevitablemente que su sustitución se llevara a cabo a través de un proceso de negociación colectiva, descartándose cualquier intervención unilateral del empleador.

2. El proceso de implantación del plan (elaboración, negociación, aprobación y formalización)

Una vez asumido el compromiso de previsión, ya sea como resultado de la actuación unilateral del empleador o de un acuerdo en sede convencional, es el momento de proceder a la aprobación efectiva del plan. Esta fase constitutiva de los derechos de protección reconocidos a los trabajadores pasa necesariamente por el cumplimiento de unos trámites procedimentales predispuestos legalmente y que siguen un orden lógico. En

primer lugar, cabe señalar una fase previa de elaboración del proyecto del plan de pensiones, tarea que podrá asumir, como se verá, el empleador o, más frecuentemente, las propias partes negociadoras del convenio o acuerdo de origen del compromiso. En segundo lugar, se llevará a cabo la constitución de la comisión promotora que se encargará de formalizar definitivamente el plan, asumiendo fundamentalmente tres tareas esenciales: primero, adoptar los acuerdos que estime oportunos para ultimar y ejecutar el contenido del proyecto del plan y proceder a su aprobación efectiva; segundo, presentar el plan ante el fondo de pensiones en que pretenda integrarse, que será, en todo caso, un fondo de pensiones que integre planes de pensiones del sistema de empleo; y, finalmente, hacer efectiva la incorporación al plan de partícipes y, simultáneamente, instar la constitución de la comisión de control del plan.

Como se ve, la implantación final del sistema de previsión social es el resultado de la sucesión de una serie de acontecimientos que por su importancia exigen un tratamiento por separado. En todo caso, cabe señalar inicialmente el especial protagonismo que adquiere la comisión promotora en todo este proceso de constitución jurídica del plan, la cuál, como se verá, contará con un mayor o menor grado de autonomía a la hora de diseñar el plan de pensiones en función de lo establecido en el instrumento negocial que recoge el compromiso de formalizar el plan.

2.1. La fase inicial del proceso: la facultad de iniciativa y los actos previos

Antes de que se lleve a cabo la formación de la comisión promotora, resulta necesario que se sucedan una serie de actuaciones previas encaminadas a impulsar la elaboración y definitiva constitución del plan. En efecto, el acuerdo colectivo o la decisión individual del empleador que recoge el compromiso de previsión contendrán, asimismo, el mandato de que se ejecuten los actos preparatorios necesarios para el establecimiento del plan, señalando igualmente los sujetos responsables de los mismos. Esta fase previa de estudio y diseño, una vez adquirido el compromiso, podrá desarrollarse, con toda probabilidad, de dos maneras distintas: la primera, tendrá como protagonista al empleador quién será el encargado de redactar el proyecto, darlo a conocer e instar la constitución de la comisión promotora, y ello con independencia del origen negocial o no del compromiso adquirido¹⁴⁰⁶; la segunda, en la que los trámites de preparación apuntados serán asumidos por una comisión u órgano específico designado por las partes negociadoras del acuerdo o convenio colectivo

¹⁴⁰⁶ Sirvan de ejemplos de lo comentado el *Convenio Colectivo del Grupo Axa Seguros* (BOE 12 octubre 2005) que en su art. 38 establece que será la compañía la responsable de elaborar “el proyecto de Reglamento del Plan de Pensiones...”, o el *Convenio Colectivo de la empresa Aguas de Lanjarón* (BOPG 20 abril 2004) que en su art. 41 señala que “durante la vigencia de este convenio, la empresa promoverá un plan de pensiones del sistema de empleo...”.

correspondiente y, por tanto, desarrollados en sede convencional¹⁴⁰⁷. En el primer caso, cabe pensar que el referido proyecto desarrollado por el empleador, aún cuando deba respetar el contenido predispuesto en el compromiso, será independiente del mismo. Más en concreto, aún en el caso de que el promotor actúe bajo mandato convencional lo normal será que el plan quede fuera del convenio o acuerdo colectivo de previsión. En el segundo caso, ocurrirá todo lo contrario, ya que cabe considerar que la actuación de los sujetos encargados de la promoción (o elaboración) del plan actúan por delegación expresa del convenio o acuerdo colectivo y, por tanto, el borrador del plan no será más que el resultado del mismo acuerdo de las partes negociadoras¹⁴⁰⁸.

Precisamente, a esta facultad de iniciativa en orden al diseño del borrador del plan se refieren los arts. 9.1 TRLPFP y 27.1 RFPF. Sin embargo, los mencionados preceptos únicamente aluden al origen negociado del proyecto inicial del plan en el caso de los planes de promoción conjunta que resulten del acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial, lo que cabe calificar de erróneo dado que las dos posibilidades apuntadas anteriormente, tanto si la redacción del proyecto del plan corresponde al empleador como si el borrador es fruto del mismo acuerdo o convenio colectivo, pueden tener lugar en todo tipo de planes, incluidos los de carácter empresarial.

Dicho esto hay que precisar, siquiera someramente, los actos previos de preparación y diseño del plan antes de la formación de la comisión promotora. En primer lugar, hay que referirse al contenido del proyecto del plan, el cuál debe incluir las especificaciones legal y reglamentariamente establecidas (arts. 6 TRLPFP y 18 RFPF). De entre ellas, cabe destacar, en este momento, la referida a la necesidad de que se incluya una base técnica elaborada por actuario cuando el plan contemple prestaciones definidas para todas o algunas de las contingencias o prestaciones causadas [arts. 6.1.e), párrafo 2º TRLPFP y 18.1.e), párrafo 3º RFPF]. Con esta previsión se ha tratado de paliar la eliminación del trámite preceptivo que recogía la redacción original de la LPFP (Ley 8/1987) de obtener dictamen favorable de un actuario sobre la suficiencia del sistema financiero y actuarial en que se fundamenta el proyecto. El cumplimiento de este requisito deja de ser obligatorio para poder instar la constitución de la comisión promotora y

¹⁴⁰⁷ Lo más habitual será encargar a la Comisión Paritaria del convenio la elaboración del reglamento del Plan [Disp. Adic. 6ª del *Convenio básico, de ámbito estatal, para las Industrias Cárnicas* (BOE 28 febrero 2005); Disp. Adic. 5ª del *Convenio Colectivo de Perfumería y Afines* (BOE 21 septiembre 2004); art. 11 del *Convenio Colectivo de "Bayer Hispania, Sociedad Anónima"* (BOE 21 febrero 2000); art. 38 del *VI Convenio Colectivo de la empresa "Aceites Coosur, Sociedad Anónima"* (BOE 2 marzo 1999)]. Pero, también se puede hacer responsable de esa tarea a una Comisión Técnica o específica [Disp. Trans. Única del *II Convenio Colectivo General de Derivados del Cemento* (BOE 1 octubre 2001) y Disp. Final 2ª del *II Acuerdo Complementario sobre los Procesos de Reordenación Societaria y Reorganización Empresarial del Grupo Endesa* (BOE 14 junio 2002)].

¹⁴⁰⁸ Vid. SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 167-172.

únicamente resulta exigible para los planes con prestaciones definidas. Una vez ultimado el borrador del proyecto del plan, se dará a conocer el mismo a través de los medios habituales de comunicación con el personal, estando el contenido del plan a disposición de los trabajadores (art 27.1, párrafo 2º TRLPFP). Este reconocimiento de un derecho de información referido a la propuesta del plan de pensiones debe calificarse de positivo al extenderse a todo tipo de planes y no únicamente a los planes de promoción conjunta tal y como se recogía en el anterior RFPF (RD 1307/1988)¹⁴⁰⁹. En todo caso, aún tratándose de una solución coherente en el conjunto del sistema normativo de los planes y fondos de pensiones, no está, en absoluto, precisado, por lo que la concreta ordenación de este trámite informativo se deja en manos de cada uno los acuerdos de previsión. Reténgase que no se fija un plazo concreto antes de la formación de la comisión promotora a efectos de dar por cumplido este derecho de información. Por último, y tras dar a conocer el proyecto del plan, únicamente quedará instar la constitución de la comisión promotora [arts. 9.1.a) TRLPFP y 27.1, párrafo 2º RFPF].

Este proceso previo de elaboración inicial del plan antes de la formación de la comisión promotora cuenta con algunas especialidades en los supuestos de planes de promoción conjunta y más específicamente en el de planes promovidos por una pequeña y mediana empresa. En el primer caso, hay que tener en cuenta que el proyecto incluirá al menos las especificaciones y, en su caso, la base técnica, generales cuando se trate de un plan que es el resultado de un acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial [art. 40.1.a), párrafo 2º RFPF]. En otros casos, es decir, cuando la promoción de un plan no tiene su origen en un convenio o acuerdo colectivo supraempresarial y concurren al menos dos empresas en su constitución, el proyecto inicial del plan incluirá las especificaciones y, en su caso, la base técnica, generales, así como el proyecto de anexo particular de cada empresa [art. 40.1.b) RFPF]. En el caso de un plan promovido por una pequeña y mediana empresa, desaparecen estos trámites previos constitutivos, ya que será el promotor quién procederá a la formalización del plan con el fondo de pensiones correspondiente si así lo acuerda con la representación de los trabajadores (art. 27.5, párrafo 2º RFPF).

¹⁴⁰⁹ En particular, el art. 76.3.b) indicaba que “los promotores elaborarán el proyecto inicial del Plan, que se dará a conocer a los colectivos interesados por los medios habituales de comunicación entre las empresas y sus empleados...”. A decir verdad, este derecho de información aplicable ahora a los planes de promoción individual no cabe considerarlo como una auténtica novedad si nos atenemos a la previsión que recogía el art. 23.2 RFPF (RD 1307/1988) en el que expresamente se obligaba al promotor a dar a conocer su proyecto del plan a los potenciales partícipes. *Cfr.* ROMERO BURILLO, A. M.: “El nuevo reglamento de planes...”, *op. cit.*, p. 92.

2.2. La fase de negociación y aprobación efectiva del plan: la comisión promotora

Con la constitución de la comisión promotora se inicia el proceso de negociación y aprobación definitiva del plan. Es precisamente este órgano de representación el que está llamado a servir de cauce para la discusión y, en su caso, ejecución del proyecto del plan. Hasta ahora tanto el promotor, si fue éste quien se encargó de elaborar el borrador del plan, como las partes negociadoras del convenio, en el caso de que el proyecto se adoptara como resultado del convenio o acuerdo colectivo que formalizó el compromiso, únicamente han ejercido la facultad de iniciativa del proceso constitutivo, pero, en modo alguno, están legitimados para la formalización jurídica final del plan sin la mediación de la comisión promotora. El papel principal de ésta, por tanto, consistirá en dar forma definitiva al proyecto del plan que se presentará para su integración en el fondo de pensiones de empleo correspondiente.

Hay que tener en cuenta que es un órgano especialmente cualificado para llevar a cabo esa tarea por cuanto en él están representadas las partes interesadas en la formalización del plan, el promotor y los trabajadores o potenciales partícipes. Esta presencia de los principales interesados en el seno de la Comisión Promotora justifica sobradamente que no estemos ante una instancia desprovista de operatividad funcional ni vacía de contenido negocial¹⁴¹⁰. Por el contrario, hay que destacar la función de negociación del plan que cumple la citada comisión al ser, además, la única legitimada para promover con carácter definitivo el plan de pensiones. Una labor negociadora que puede acentuarse si el plan de pensiones que se crea es el resultado de la transformación de otros sistemas de previsión preexistentes. En todo caso, hay que matizar que la virtualidad de la comisión promotora como órgano de negociación del plan estará condicionada por lo previamente pactado en la negociación colectiva.

El análisis de esta institución fundacional de los planes de pensiones del sistema de empleo¹⁴¹¹ nos llevará al estudio de dos cuestiones esenciales: su composición, es decir, su concreta configuración como órgano de representación y participación de los intereses afectados por el plan y su funcionamiento, en todo lo relativo al desarrollo de su actividad de discusión y formalización jurídica del plan.

A) La composición de la comisión promotora

La comisión promotora de un plan de pensiones del sistema de empleo estará integrada por la representación del promotor o promotores y de los

¹⁴¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 556.

¹⁴¹¹ Hay que recordar que en el caso de los planes de pensiones del sistema individual y asociado, son las entidades promotoras quienes deberán adoptar los acuerdos y ejercer las funciones asignadas a la comisión promotora de los planes profesionales [art. 9.1.b) TRLRFP].

trabajadores o potenciales partícipes [arts. 9.1.a) TRLPFP y 27.1, párrafo 2º RPPF]. En lo que respecta a la parte promotora, pocas dudas suscita su identificación y, por supuesto, como se verá, su designación. Por el contrario, mayores problemas plantea la referencia que se hace a la representación del banco social en el seno de la comisión promotora. De entrada, hay que decir que esta doble alusión a la representación de los trabajadores o potenciales partícipes no aparecía en el RPPF anterior (RD 1307/1988). Únicamente se contemplaba la constitución de la comisión promotora del plan de pensiones con los potenciales partícipes, entendiéndose por tales a cualquier persona física que pudiendo acceder a la condición de partícipe, manifestara su intención de hacerlo en un plazo de un mes (...). Ello significaba, con toda claridad, que en el seno de la comisión promotora cabía tan sólo una única representación de la parte trabajadora de la entidad promotora, cuál era la que ostentaban los potenciales partícipes. Entonces, cabe preguntarse en la actualidad por las razones que han llevado al legislador a distinguir entre una representación de trabajadores y otra eventual de potenciales partícipes, ya que no puede significar otra cosa la disyuntiva –recuérdese específicamente el uso de la “o”- entre una u otra forma representativa.

Y así, como se verá seguidamente, hay que pensar que esta dualidad representativa –de trabajadores o potenciales partícipes- está justificada en base a los dos supuestos de designación o elección de los integrantes de la comisión promotora actualmente vigentes. Frente a la situación anterior en la que la determinación de los sujetos de la parte trabajadora que iban a incorporarse a la citada comisión se realizaba por y entre los potenciales partícipes, ahora cabe la posibilidad de que sean designados directamente por la comisión negociadora del convenio o por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa o ámbito del convenio. De este modo, estas dos formas de elección –designación directa o fórmula electoral en la que los electores o elegibles son los potenciales partícipes- debe dar lugar, en buena lógica, a dos sistemas representativos distintos: el primero, en el que quiénes sean designados directamente, desde la comisión negociadora del convenio o por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores, ejercen un poder de representación respecto de la totalidad de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o acuerdo colectivo que sirve de soporte al plan; y, el segundo, en el que quiénes son elegidos tras un proceso electoral, siendo electores y elegibles los potenciales partícipes, únicamente pueden representar a quiénes ostentan tal condición.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en ningún momento se alude a los beneficiarios del plan en lo que a la composición de la comisión promotora se refiere. Aparentemente, la mención a la representación de trabajadores o de potenciales partícipes deja en el olvido al colectivo de

individuos que tengan prestaciones causadas. Sin embargo, hay que precisar que esto no tiene porque producirse dado que la promoción de un plan de pensiones que incorpore un plan de reequilibrio que integre los derechos por servicios pasados correspondientes a compromisos por pensiones para su personal activo y, en su caso, las obligaciones ante jubilados y beneficiarios conllevará la constitución de una comisión promotora cuyos miembros, en representación de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios, podrán ser designados directamente por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa entre los potenciales partícipes y, en su caso, beneficiarios [art. 8.1.a) RICP]. De este modo, se posibilita en el marco del régimen de exteriorización una eventual participación de los beneficiarios en el seno de la comisión promotora, lo que debe calificarse de muy positivo en la medida en que se atiende al interés legítimo de que el plan resultante salvaguarde adecuadamente sus derechos adquiridos. Cabe pensar, por tanto, que la representación contenida en los arts. 9.1.a) TRLPFP y 27.1, párrafo 2º RFPF –de trabajadores o potenciales partícipes- únicamente se aplica a los planes de nueva creación.

Otra cuestión de indudable importancia en relación a la formación de la comisión promotora es la previsión de que la misma sea paritaria, es decir, que las dos representaciones en la comisión, la del promotor o promotores y la de los trabajadores o potenciales partícipes, cuenten con los mismos miembros¹⁴¹². Inicialmente, este mandato se deducía de la exigencia contenida en el art. 9 TRLPFP de que la comisión promotora estuviera formada y operara de acuerdo a lo previsto en el art. 7 del mismo texto legal para la comisión de control de un plan de pensiones, el cuál fijaba, con carácter general, la paridad representativa. Sin embargo, será el propio RFPF, en su art. 27.2, párrafo 1º, quién se encargará no sólo de reiterar ese mimetismo jurídico entre ambas comisiones sino de mencionar expresamente la necesidad de garantizar “en todo caso la representación paritaria de la representación del promotor o promotores”. Ahora bien, cabe preguntarse, entonces, si este criterio de la paridad debe imponerse siempre y, por tanto, resulta inatacable, o, por el contrario, cabe admitir la posibilidad de que una de las representaciones ostente más miembros que la otra en el seno de la comisión promotora. En realidad, se trataría de comprobar si resulta aplicable a la comisión promotora la previsión contenida en el art. 30.1.a) RFPF en la que se autoriza de forma excepcional una distribución de representantes en la comisión de control distinta a la regla general de la paridad, siempre que esta decisión sea el resultado de un acuerdo de negociación colectiva. Pues bien, consideramos

¹⁴¹² Hay que recordar que con anterioridad a la reforma de la LPFP llevada a cabo por la Ley 24/2001, se imponía que la representación de los potenciales partícipes contara con mayoría absoluta en el seno de la Comisión promotora [art. 23.2, párrafo 2º RFPF (RD 1307/1988)].

que no hay una equiparación en este punto entre ambas instituciones, y ello pese a que el sistema legal realice respecto de la comisión promotora una remisión general a las normas de ordenación y funcionamiento de la comisión de control, lo que podría servir de fundamento jurídico suficiente como para sustentar una interpretación analógica de la excepción a la norma general de la paridad. Al contrario, hay que pensar más bien que estamos ante una previsión específica pensada para ser aplicada exclusivamente a la comisión de control. De hecho, en la práctica, sobre todo en los planes de pensiones de origen convencional cuyo contenido se encuentra fuertemente reglamentado en el propio convenio o acuerdo colectivo de origen, es muy probable que de forma mayoritaria se constate la tendencia a garantizar que la representación de la parte promotora y de los trabajadores o potenciales partícipes sea del 50 por 100, lo que no deja de ser, por otra parte, un efecto del principio de paridad característico de la negociación de un convenio colectivo y de las dificultades que tendría la comisión para introducir cambios sustanciales en el texto del borrador del plan negociado colectivamente¹⁴¹³.

En cualquier caso, y aún cuando se pueda relativizar la trascendencia que podría tener la regla de que la mayoría absoluta de los miembros de la comisión promotora correspondiese a la parte trabajadora atendiendo al sistema de aprobación del reglamento del plan, el cuál exige de un acuerdo de las dos partes representadas en la comisión, lo cierto es que si en la comisión promotora recae la tarea ingente de elaborar y negociar el proyecto del plan, al no existir un condicionamiento previo de la fuente negocial, no cabe duda que lo más apropiado, desde el punto de vista del principio de autogobierno de los más directamente interesados en la dirección y gestión global del sistema de previsión colectiva, hubiera sido posibilitar en sede legal o reglamentaria una distribución de los representantes distinta que refleje adecuadamente la pluralidad de intereses existentes en el ámbito en que se pretenda implantar el plan. Piénsese, por ejemplo, en los planes que son fruto de la transformación de medidas de previsión preexistentes, en este caso la presencia muy probable de beneficiarios haría muy aconsejable la posibilidad de una ruptura de la paridad, de modo que se permitiera una representación más amplia de la parte trabajadora que sirviera para atender de modo suficiente los intereses de las personas en activo como de las que tienen prestaciones causadas.

En otro orden de cosas, hay que llamar la atención de la inexistencia de un tope mínimo y/o máximo al número de miembros que debe albergar

¹⁴¹³ Sirva de ejemplo el art. 31 del *Convenio colectivo interprovincial de empresa para el comercio de flores y plantas* (BOE 26 octubre 2005) en el que la Comisión promotora queda constituida “con 4 representantes de las empresas del ámbito funcional del convenio, designados dos de ellos por la Asociación Española de Floristas Interflora y, otros dos, por la Federación Española de Empresarios Floristas; junto a otros 4 representantes de los trabajadores del Sector, designados por las organizaciones sindicales Comisiones Obreras (2) y Unión General de Trabajadores (2)”.

la comisión promotora. Ni en el TRLPFP ni en el RFPF se encuentra una indicación al respecto, tal y como con anterioridad recogía el art. 23.2, párrafo 2º RFPF (RD 1307/1988) en el que se especificaba que la comisión debía estar formada “por un número de miembros no inferior a tres ni superior a nueve”. Una regla general, aplicable a los planes de promoción individual, que pervivió durante un tiempo con aquella otra prevista para los planes de promoción conjunta en la que se dejaba en manos del proyecto inicial del plan el establecimiento del número de miembros de la comisión [art. 76.3.c) RFPF]. Inevitablemente, esta disparidad de criterios debía de ser resuelta en un sentido o en otro con ocasión del desarrollo reglamentario de la nueva versión del TRLPFP, lo que, como ya se ha dicho, se produjo en el sentido de que el número de participantes en la comisión promotora debía determinarse por las partes interesadas.

Finalmente, mayor interés revisten las formas de designación o elección de los miembros de la comisión promotora. En este punto, hay que recordar que el RFPF (RD 1307/1988) únicamente contemplaba expresamente la elección de los representantes de los trabajadores o potenciales partícipes en la comisión promotora, no estableciendo ningún procedimiento específico para la representación del promotor. En concreto, y conforme al art. 23.2, párrafo 2º RFPF (RD1307/1988), se debía realizar entre todos los sujetos que disfrutaran de la condición de potenciales partícipes, pero sin llegar a establecer explícitamente el procedimiento electoral correspondiente. La inexistencia de algún tipo de previsión específica al respecto sugirió dos posibles sistemas de determinación de los miembros de la comisión promotora: por un lado, que en virtud del art. 9.2 LPFP (Ley 8/1987) se debían entender aplicables en este caso las normas electorales previstas en el art. 22.3.d) RFPF (RD 1307/1988) para la comisión de control del plan; por otro, que el sistema electoral no tenía porque ser equivalente al establecido para la comisión de control, ya que la única exigencia que se imponía a la comisión promotora era el que estuviera formada por representantes de los partícipes, de los beneficiarios y del promotor con mayoría absoluta de los primeros, pero no la elección directa de los representantes partícipes prevista en el art. 22.3.d) RFPF (RD 1307/1988). Desde luego, esta segunda interpretación dejaba la puerta abierta a una eventual designación directa de los miembros de la comisión promotora por parte de los representantes de los trabajadores. Sin embargo, y aún cuando esta disyuntiva fue ampliamente superada como consecuencia de la aprobación de la Ley 24/2001, lo cierto es que no cabían excesivas dudas respecto al carácter electivo de los miembros de los partícipes en la comisión promotora, rechazándose la posibilidad de procedimientos de designación colectiva de los mismos¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁴ Así, la SAN 5 julio 1991 (AS 1991, 4643) consideró ilegal la determinación de los representantes de los potenciales partícipes en la comisión promotora por parte del Comité Intercentros. Por su parte, la

En cierta forma, esta controversia inicial respecto a la mayor o menor penetración de la autonomía colectiva en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo, señaladamente en el proceso de determinación de los representantes de la parte trabajadora en la comisión promotora, no hacía sino reavivar el debate en torno al papel marginal reservado en esos momentos a la negociación colectiva. Sin lugar a dudas, una mayor implantación de los sistemas privados de pensiones en el ámbito empresarial pasaba por vigorizar el rol a desempeñar por la representación de los trabajadores en el proceso de designación del órgano encargado de dar el impulso final al plan. Asimismo, la posibilidad de aprovechar las instituciones propias de la negociación colectiva hacía sumamente aconsejable la apuesta a favor de los procedimientos de designación colectiva de los miembros de la comisión promotora en los planes de pensiones del sistema de empleo, lo que iba redundar, desde luego, en una mayor facilidad para la instauración y desarrollo de estos mecanismos de protección social.

El primer paso en este sentido se da con la aprobación del RICP que en su art. 8.1.a), párrafo 2º establece que “los miembros de la comisión promotora, en representación de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios, podrán ser designados directamente por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa entre los potenciales partícipes y, en su caso, beneficiarios”. Ahora bien, esta facultad tan sólo se va a poder ejercer, como se ha dicho con anterioridad, en un supuesto muy concreto, a saber, el de las empresas que formalicen un plan de pensiones del sistema de empleo que incorpore un plan de reequilibrio que integre los derechos por servicios pasados correspondientes a compromisos por pensiones para su personal activo y, en su caso, las obligaciones ante jubilados y beneficiarios. Por tanto, únicamente en el contexto de planes que sirvan como vehículos de exteriorización de compromisos por pensiones preexistentes será posible la utilización de esta vía de designación directa. Téngase en cuenta que, en ese momento, en el caso de que un plan de pensiones del sistema de empleo incorporara un plan de reequilibrio se podía optar entre desarrollar un proceso de elección de la parte trabajadora de la comisión promotora entre los potenciales partícipes inscritos conforme al art. 23.2, párrafo 2º RFPF o proceder a su designación directamente por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa entre los potenciales partícipes y, en su caso, beneficiarios [art. 8.1.a) RICP]. Esta doble posibilidad no entrañaba contradicción alguna entre normas, sino simplemente un derecho de opción

STS 29 noviembre 2000 (AS 2000, 1439) entendió que no era la válida la constitución de la Comisión promotora cuyos componentes habían sido elegidos por la Comisión paritaria del convenio.

entre dos alternativas posibles¹⁴¹⁵. Sin lugar a dudas, esta facultad reconocida a los representantes de los trabajadores en el marco del régimen transitorio de exteriorización presentaba ventajas indudables frente a la opción del sistema electivo, ya que suponía dar protagonismo a quienes estaban negociando directamente la transformación del sistema de previsión anterior que, con toda probabilidad, tuvo su origen en un convenio o acuerdo colectivo, además de agilizar con ello la promoción del plan que se pretendía formalizar¹⁴¹⁶.

Sin embargo, el paso definitivo en la consolidación de los procedimientos de designación colectiva de los miembros de la comisión promotora tiene lugar con la aprobación de la Ley 24/2001, no sin antes producirse una reforma importante en la materia con respecto a los planes de promoción conjunta. En definitiva, la nueva regulación legal acoge la reivindicación sindical de ostentar un mayor protagonismo en la fase de la aprobación efectiva del plan. El art. 9.1, a) TRLPFP se hace eco de esta nueva orientación favorable a fomentar el papel de la autonomía colectiva en este punto, pero eso sí, sin eliminar la posibilidad de la aplicación de un proceso electoral. De este modo, en la determinación de los sujetos que han de formar parte de la comisión promotora conviven en la actualidad dos sistemas distintos: por un lado, el procedimiento de designación colectiva, con intervención de la comisión negociadora del convenio o de los representantes de los trabajadores, pudiendo recaer tal designación en personas distintas de los partícipes o beneficiarios del plan y, por otro, el sistema electoral, con participación directa de los potenciales partícipes, siendo éstos los electores y elegibles del proceso.

En lo que respecta al análisis de ambos sistemas conviene que hagamos un tratamiento por separado del modo en que se concretan los mismos en los planes de promoción individual y en los de promoción conjunta. Así, entrando en el análisis del primer tipo de planes y, más en concreto, en la primera de las opciones previstas, el procedimiento de designación colectiva, el art. 27.2, párrafo 2º RFPF establece dos formas de designación de los miembros de la comisión promotora: por un lado, la que directamente pueden llevar a cabo los miembros de la comisión negociadora del convenio que sirve de soporte al plan de pensiones, y, por otro, la que resulte del acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. En el primer caso, cada parte designará, respectivamente, a los representantes del promotor y a los de los trabajadores en la comisión promotora del plan. Se trata de una solución

¹⁴¹⁵ No fue éste el criterio mantenido por algún pronunciamiento jurisprudencial que consideró que frente los preceptos generales contenidos en el RFPF (RD 1307/1988) había que dar preferencia aplicativa a lo dispuesto en el art. 8 RICP atendiendo al principio de especialidad [SAN 10 diciembre 2001 (*J* 2001, 3123)]. De igual modo, se consideraba por algún autor que en este punto se imponía la intervención de los representantes de los trabajadores (SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 620).

¹⁴¹⁶ CC. OO.: *La exteriorización de los compromisos...*, *op. cit.*, p. 138.

que evita tener que llegar a acuerdos entre ambas partes para la designación de sus respectivos representantes. Por ello, cabe pensar que los representantes del promotor serán designados libremente y de forma expresa por el mismo, mientras que los representantes de la parte social deberán ser designados conforme algún tipo de criterio, ya sea el sistema de mayorías vigente con carácter general en la toma de decisiones de los mismos, o bien, lo que será más frecuente, el de la representación proporcional, medida por la audiencia electoral en el lado laboral, debiendo respetarse la participación de los trabajadores procedentes de candidaturas independientes. De aplicarse este sistema se dividirá el número de representantes de los trabajadores por el número de puestos de la parte social en la mesa negociadora, atendiendo a los “restos” en caso de vacantes. Tratándose de una designación de la parte de los empleados por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa, pocas dudas ofrece este supuesto dado que la norma es clara al exigir un acuerdo y, en consonancia, no permitir una designación directa en función del criterio proporcional de las representaciones sindicales.

Por otro lado, tanto en el caso de designación directa por la comisión negociadora, cuanto en el supuesto de elección por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa, se prevén tres reglas esenciales: la primera, y la más importante, que las personas que deban ser designadas para integrarse en la comisión promotora no han de ser necesariamente potenciales partícipes, con lo que ya no resulta preceptivo asegurar en todo momento la presencia de los implicados directos (o potenciales partícipes) en el momento de la aprobación efectiva del plan; la segunda, que la designación podrá coincidir total o parcialmente con los miembros de la comisión negociadora o de los representantes de empresas y/o trabajadores, con lo que se podría conseguir, de optarse por la segunda vía –parcial-, una composición mixta (sujetos colectivos y trabajadores) de la comisión promotora; la tercera, que la designación efectuada va a poder ser revocada en cualquier momento en los términos previstos para los miembros de la comisión de control igualmente designados, lo que implica que la revocación se realice, según el caso, por las partes respectivas en la comisión de seguimiento del convenio o por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa.

Junto a la referencia a los sistemas de determinación de los sujetos que deben formar parte de la comisión de promoción de un plan con intervención directa de la autonomía colectiva, el art. 27.3 RFPF mantiene intacta la vía del proceso electoral para los casos en que no se opte por aquella forma de designación directa. En este caso, y sólo para la elección de los representantes de los potenciales partícipes en la comisión promotora, será el promotor el encargado de instar el proceso electoral

correspondiente, el cuál deberá ajustarse a lo previsto en el art. 31 RPPF para la comisión de control. Como se ve, esta vez sí se indican expresamente las normas de elección a seguir, con una remisión específica a las previstas para el órgano de supervisión del plan, además de establecerse con absoluta nitidez quiénes podrán ser electores y elegibles: en concreto, los trabajadores que reúnan las condiciones señaladas en las especificaciones del plan para acceder a éste como partícipes. En definitiva, la eventual participación, directa o indirecta, en el proceso electoral correspondiente se hace depender del requisito de tener la condición de potencial partícipe.

Esta última previsión, respecto a las condiciones de participación, plantea algún que otro interrogante al que debemos dar respuesta. De entrada, esta opción porque sean únicamente los potenciales partícipes los únicos sujetos participantes en la elección a llevar a cabo en la comisión de promoción del plan puede dejar fuera a un número importante de trabajadores, a saber, todos aquellos que no reúnan las condiciones señaladas en las especificaciones del plan para acceder a éste como partícipes, por ejemplo, aquellos que no cumplan con la exigencia de un tiempo de permanencia previo en la empresa o los que no se adhieran al plan en un plazo determinado. No cabe duda que este tipo de condicionamientos, sobretodo el segundo, pueden estar justificados en orden a pulsar, en un primer momento anterior a la definitiva formalización jurídica del plan, el interés de los empleados en esta fórmula de previsión social, máxime cuando el plan va a exigir un esfuerzo económico de los futuros partícipes¹⁴¹⁷. Sin embargo, estas exigencias previas al momento de la constitución de la comisión promotora e impuestas como condiciones ineludibles para poder participar en el proceso electoral correspondiente presentan varios inconvenientes¹⁴¹⁸: en primer lugar, no se tiene en cuenta que los requisitos de acceso al plan pueden ser objeto de modificación en el tránsito de su redacción inicial hasta su aprobación definitiva en el seno de la comisión promotora, de modo que empleados que no pueden acceder a la condición de partícipe en un primer momento, porque la primera redacción del plan se lo impide, sí lo pueden hacer con posterioridad; en segundo lugar, este sistema de pre-acceso al proyecto del plan como condición para su participación en la comisión promotora se compagina mal con el plan de pensiones resultado de un convenio o acuerdo colectivo de eficacia general.

¹⁴¹⁷ No resulta descabellado, aún hoy, que existan planes que condicionen su puesta en marcha al interés mostrado por sus participantes. En este sentido, resulta paradigmático el *Convenio Colectivo de la empresa "Danone, Sociedad Anónima"* (BOE 4 febrero 2003) que en su Disposición Adicional viene a establecer un Plan de Comunicación del Plan a todo el personal de la empresa con el objeto de que cada trabajador pueda decidir su no incorporación al plan, de modo que "en el caso de que al final del mencionado período (15 de noviembre de 2003) el número de partícipes no alcance el 70 por 100 del total de la plantilla implicada, no se pondrá en marcha el mencionado plan".

¹⁴¹⁸ Respecto de estos problemas, *vid. in extenso* SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 608-611.

Teniendo en cuenta los problemas apuntados, lo más apropiado hubiera sido eliminar el condicionamiento inicial previsto en sede reglamentaria consistente en exigir el cumplimiento de los requisitos previstos en las especificaciones del plan para poder ser elector o elegible en el proceso electoral a desarrollar para la elección de los representantes del personal en la comisión promotora. Así, hay que considerar en la actualidad que una solución mucho más acorde con el modelo legal vigente hubiera sido la desaparición de esa disyuntiva legal planteada con la referencia a potenciales partícipes o trabajadores, siendo lo más apropiado únicamente una mención expresa a estos últimos. Por lo pronto, esta medida evitaría el efecto distorsionante que provoca en todo el sistema legal la referencia en unos casos a potenciales partícipes y, en otros, a trabajadores. Esto es significativo en el procedimiento de designación de los miembros de la comisión promotora, de modo que en el supuesto de optar por una designación directa ya sea por la comisión negociadora del convenio o por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa no importa que tal designación de la parte trabajadora recaiga en personas que no sean potenciales partícipes. Por el contrario, de optarse por la fórmula del proceso electoral para la elección de los representantes del personal en la comisión promotora sí se exige reunir las condiciones señaladas en el borrador de especificaciones del plan para acceder a éste como partícipes. Como se ve, esta segunda posibilidad es mucho más restrictiva que la primera dado que en aquella basta con tener la condición de trabajador de la entidad promotora del plan para resultar elegido como miembro de la comisión promotora¹⁴¹⁹.

En otro orden de cosas, cabe referirse en estos momentos a las especificidades que presentan los planes de promoción conjunta en la determinación de los sujetos que deben integrarse en la comisión promotora. Y así, el art. 40 RFPF prevé dos procedimientos de constitución diferentes en función de que la promoción del plan sea el resultado de un acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial o simplemente del acuerdo de al menos dos empresas. En el primer supuesto, se permite que sea la comisión negociadora del convenio o, en su defecto, la representación de las empresas y de los trabajadores en el referido ámbito las que se encarguen de designar directamente a los miembros de la comisión promotora [art. 40, a) TRLFPF]. En el segundo, deberá optarse por un sistema de representación conjunta o un sistema de representación agregada de empresas y trabajadores en los términos previstos para la comisión de control [art. 40, b), párrafo 3º RFPF], pudiendo utilizarse para la designación de los representantes de los trabajadores o potenciales

¹⁴¹⁹ En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: “RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba...”, *op. cit.*, p. 111.

partícipes los procesos electorales o los procedimientos de designación directa correspondientes [art. 40, b), párrafo 4º RFPF].

Como se ve, la primera de las opciones apuntadas parte de la existencia de un convenio o acuerdo supraempresarial que contiene el compromiso de formalización del plan. En virtud del mismo, se autoriza la intervención de los sujetos colectivos en la formación de la comisión promotora del plan. Ahora bien, en este caso, y a diferencia de los planes de promoción individual, se impone en primer lugar la designación directa de los representantes por la comisión negociadora del convenio y sólo, en su defecto, se da entrada a una eventual participación de los representantes de las empresas y de los trabajadores en la elección de los miembros de la comisión promotora. Sin embargo, no hay distinción alguna con respecto a los planes individuales en relación a que la designación pueda recaer en dichos representantes, los cuáles tampoco tienen porque ostentar la condición de potenciales partícipes. En todo caso, debe matizarse que el art. 40, a), párrafo 2º RFPF no exige que la designación deba efectuarse necesariamente por el procedimiento de designación colectiva apuntado (simplemente dice “podrá”), de modo que se permitiría otro tipo de posibilidades no necesariamente circunscritas al ámbito de la negociación colectiva.

Por su parte, la segunda de las opciones apuntadas a la hora de proceder a la designación o elección de los miembros de la comisión promotora se sustenta sobre la base de que el plan no se ha creado a partir de la existencia de un convenio o acuerdo colectivo supraempresarial que obligara a ello. Por tanto, siendo la promoción del sistema de previsión fruto de un acuerdo adoptado al margen de la negociación colectiva, lógico es que se prevea la posibilidad de optar por fórmulas de elección directa. En cualquier caso, el art. 40, b), párrafo 4º RFPF remite a lo previsto para los sistemas de representación y elección de la comisión promotora a las normas que regulan la comisión de control, por lo que siguiendo en este punto lo establecido por el art. 41 RFPF cabe pensar en dos opciones de formación de la comisión promotora del plan: la primera, que seguiría un procedimiento de designación directa y, la segunda, que operaría bajo un proceso electoral. Tanto en un caso como en otro conviene tener en cuenta que la comisión podrá operar con un sistema de representación conjunta o agregada en los mismos términos que la comisión de control, de modo que la comisión promotora estaría formada, en el primer caso, por miembros que representen conjuntamente al colectivo de promotores y trabajadores (o potenciales partícipes) sin diferenciar específicamente por empresas y, en el segundo caso, de representantes propios de los elementos personales de cada entidad promotora.

Pues bien, de optarse por el sistema de representación conjunta la designación de los vocales de cada una de las partes, entidades promotoras

y potenciales partícipes, se podrá realizar directamente por sus respectivas representaciones supraempresariales y/o la comisión negociadora del convenio. Pero a falta de ésta, la elección de los representantes de partícipes y beneficiarios en la comisión promotora se efectuará siguiendo las normas electorales previstas en el apartado 3 del art. 31 RPPF, teniendo en cuenta que se deberán crear colegios electorales únicos que engloben a partícipes y, en su caso, beneficiarios. En el caso de la parte promotora, serán las propias entidades que participan en el plan las que elegirán libremente a sus representantes. En el supuesto de la representación agregada, se podrá prever, igualmente, la designación directa de los representantes de partícipes y beneficiarios de cada empresa promotora por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en ésta, de modo que de no optarse por esta vía debe haber un proceso electoral – según lo previsto en el apartado 3 del art. 31 RPPF- para elegir a los representantes de partícipes y beneficiarios, constituyéndose por cada empresa un colegio electoral de partícipes y, en su caso, un colegio de beneficiarios.

Por otra parte, en el caso de que se escoja el sistema de representación agregada hay que tener en cuenta que respecto de cada entidad promotora no tiene porque figurar al menos un representante de la misma como promotora, y representantes de su colectivo, de empleados potenciales partícipes, sino que queda en manos de las especificaciones del plan el establecimiento del número total de representantes en la comisión promotora de los elementos personales del plan correspondientes a cada empresa en atención al número de partícipes y beneficiarios correspondientes a ésta [art. 41.2.b) RPPF]. Con esta medida se trata de evitar, sin duda, la posibilidad de crear comisiones promotoras inoperantes en planes con un número muy importante de empresas participantes, de modo que se autoriza una eventual limitación de la representación en función del criterio del número de partícipes y beneficiarios que ostente cada empresa. Se trata de una medida enormemente positiva que surge como reacción a la exigencia contenida en el ya derogado art. 76.3, c), último párrafo RPPF que imponía en todo caso la necesidad de que cada entidad promotora contara con un representante empresarial y otro de los potenciales partícipes por cada una de las empresas. Esta previsión, junto con la falta de concreción del número de representantes que debían conformar la comisión, algo que como ya se dijo se había previsto específicamente en los planes de pensiones de promoción conjunta *ex art. 76.3.c) RPPF*, favorecía, de existir un grupo muy numeroso de entidades promotoras, la constitución de un órgano escasamente funcional¹⁴²⁰.

¹⁴²⁰ En esas condiciones, el sistema de representación agregada era absolutamente desaconsejable, puesto que era previsible que se pudieran formar macrocomisiones en el supuesto de una alta participación de empresas. Asimismo, sus efectos podían ser claramente perniciosos, ya que, entre otros, podía tener una

B) El funcionamiento de la comisión promotora

Una vez constituida la comisión promotora corresponderá a este órgano llevar a cabo las tareas propias necesarias para la formalización jurídica del plan de pensiones del sistema de empleo. Ello implicará, fundamentalmente, el ejercicio de las siguientes competencias básicas que el modelo legal vigente le asigna: en primer lugar, deberá “adoptar los acuerdos que estime oportunos para ultimar y ejecutar el contenido del proyecto” de especificaciones del plan (art. 9.2 TRLPFP); en segundo lugar, “recabará, excepto en los planes de aportación definida que no prevean la posibilidad de otorgar garantía alguna a partícipes o beneficiarios, dictamen de un actuario sobre la suficiencia del sistema financiero y actuarial del proyecto definitivo de plan de pensiones resultante del proceso de negociación” (art. 9.2 TRLPFP); en tercer lugar, “obtenido el dictamen favorable, (...) procederá a la presentación del referido proyecto ante el fondo de pensiones en que pretenda integrarse” (art. 9.2, párrafo 2º TRLPFP); y, por último, una vez efectuada la comunicación de admisión del plan en el fondo, llevará a cabo “la incorporación al plan de partícipes” y se encargará de “instar la constitución de la pertinente comisión de control del plan” (art. 9.4 TRLPFP). Como se ve, se trata de una secuencia de tareas a desempeñar, las cuáles siguen un orden lógico¹⁴²¹; por ello nos dedicaremos en este momento a desarrollar las dos primeras, dejando las dos últimas para su tratamiento posterior en apartados diferentes.

Así, y en lo que concierne a la aprobación del proyecto definitivo del plan de pensiones por parte de la comisión promotora, hay que recordar que este órgano no parte de cero en su tarea de ultimar el sistema de previsión a adoptar para su aplicación inmediata, ya que cuenta con un proyecto inicial que puede ser fruto de la iniciativa individual del promotor o, lo más común, de un proceso de negociación colectiva. Es más, la formación de la comisión promotora se condiciona a la existencia de un proyecto inicial según lo previsto en el art. 9.1.a) TRLPFP. Por tanto, sobre este borrador previo a su constitución, la comisión promotora procederá a realizar las actuaciones necesarias para obtener el plan correspondiente. Ello va a implicar, en esencia, iniciar un proceso de negociación que versará sobre dos aspectos fundamentales que pasamos a desarrollar a continuación: primero, desarrollo y concreción del contenido del plan, con los condicionamientos formales predispuestos legalmente (especificaciones) y

dilución de la representatividad de los partícipes y del ejercicio de sus funciones en foros ingobernables por su amplitud, gravosos para el plan de pensiones y las entidades gestoras, por su elevado coste de mantenimiento, y, por último, ineficaces en sus funciones. *Vid. CC. OO.: La exteriorización de los compromisos...*, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁴²¹ Y tienen como consecuencia final, tal y como ha indicado la STS 14 marzo 2005, la extinción de la comisión promotora, una vez cumplida su misión.

sustantivos provenientes de la autonomía colectiva de origen; segundo, aprobación del plan de reequilibrio en el caso de la integración en el nuevo plan de pensiones de los derechos por servicios pasados del personal activo, así como las obligaciones ante jubilados y beneficiarios asumidas en un sistema de previsión anterior.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones apuntadas, cabe decir que la comisión promotora debe proceder a dotar de contenido al plan siguiendo el esquema formal que los arts. 6 TRLFPF y 18 RPPF establecen. Ello exige atenerse a los aspectos que los citados preceptos señalan a la hora de concretar el proyecto definitivo del plan. Por tanto, siguiendo este esquema básico se deberán adoptar los acuerdos necesarios para ultimar el borrador inicial, pero para ello será necesario tener en cuenta además lo establecido en la fuente constitutiva de origen, ya sea la iniciativa del empleador ya la autonomía colectiva. Indudablemente, el margen de actuación en uno y otro caso va a ser distinto. En el supuesto de que el plan tuvo su origen única y exclusivamente en la decisión individual adoptada por el promotor la comisión promotora contará con una disponibilidad plena para modular el proyecto inicial, no teniendo ningún tipo de limitación para introducir las variaciones que estime oportunas, ya que el documento aportado por el promotor carece de toda fuerza vinculante para las partes que componen la comisión¹⁴²². Por el contrario, si el plan es el resultado de lo pactado en un acuerdo o convenio colectivo el margen de actuación de la comisión promotora no será el mismo. Por lo pronto, la comisión promotora quedará sometida a lo establecido por la negociación colectiva en virtud de la eficacia jurídica vinculante *ex art. 82.3 ET*, de modo que el diseño colectivo negociado impuesto no podrá ser modificado en el seno de la comisión promotora. Ahora bien, esta obligación legal de asumir una predeterminación convencional en el contenido y en las condiciones del plan, según los casos, no significa que la comisión promotora no cuente en ningún supuesto con algún margen de actuación en esta fase de aprobación efectiva del plan. Al contrario, tal y como se dijo con anterioridad, la capacidad de modulación del contenido del proyecto inicial del plan por parte de la comisión promotora dependerá de la mayor o menor reglamentación jurídica del plan en el convenio o acuerdo colectivo de origen. Y así, nos podemos encontrar con supuestos en los que la actividad de la comisión promotora va a ser meramente instrumental con respecto a lo previsto convencionalmente o, en otros casos, en los que la misma gozará de plena autonomía en la efectiva configuración del plan de pensiones.

Otro de los aspectos relacionados con el proceso de negociación y aprobación definitiva del plan, respecto del cuál deberá pronunciarse la

¹⁴²² ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 390. En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 623.

comisión promotora, es el plan de reequilibrio. A través de este instrumento, las empresas inmersas en el proceso de exteriorización proceden a la integración en el plan de pensiones del sistema de empleo de los derechos por servicios pasados y obligaciones ante jubilados y beneficiarios correspondientes a compromisos por pensiones asumidos. Pues bien, de acuerdo con el art. 11.1., párrafo 2º RICP es la comisión promotora del plan (si es de nueva creación) la encargada de aprobar dicho plan de trasvase de fondos y, separadamente, de amortización del déficit de tales derechos y obligaciones. Además, en el ámbito de este plan de reequilibrio, también corresponde a la comisión promotora adoptar una decisión con respecto a una eventual integración de los jubilados y beneficiarios en el plan que se formaliza (art. 9.2 RICP). Como se ve, se trata de dos decisiones trascendentales por la incidencia que tienen en la mayor o menor tutela de los derechos de previsión dependiendo del tipo de acuerdo que se alcance. Ello convierte a la comisión promotora en un órgano de especial importancia en todo el proceso de implantación final del plan de pensiones, al ostentar la responsabilidad de concretar las condiciones de integración de los derechos en curso de adquisición y, en su caso, de las prestaciones causadas. En cualquier caso, como se dijo en otro lugar, ello no impediría que el contenido del plan de reequilibrio pudiera estar predeterminado por la negociación colectiva, lo que relativizaría el papel a desempeñar por este órgano en el proceso de exteriorización¹⁴²³.

Una vez finalizada la fase de negociación respecto al desarrollo del contenido del proyecto definitivo de plan será el momento de proceder a su aprobación a través de la adopción del acuerdo correspondiente. Pues bien, respecto a esta decisión el art. 9.2, párrafo 2º TRLFPF señala que “el referido proyecto deberá ser adoptado por acuerdo de las partes presentes en la comisión promotora”, a lo que añade el art. 27.4, párrafo 3º RFPF “que deberá incluir, al menos, el voto favorable de la mayoría de los representantes de cada una de las partes”. De la interpretación conjunta de ambos preceptos parece quedar claro que para la aprobación del proyecto definitivo de plan siempre será necesaria la conformidad de cada una de las partes contratantes del plan, la del empleador y la de los trabajadores-potenciales partícipes, lo que se producirá de existir una mayoría de votos a favor del texto en cada una de las representaciones. Sin embargo, el propio precepto reglamentario parece dejar vía libre a cualesquiera de las opciones que los sujetos negociadores del plan crean convenientes, siempre que (“al menos”, dice el RFPF) se respete ese quórum necesario –voto favorable de la mayoría de los representantes de cada una de las partes-, de modo que

¹⁴²³ Un ejemplo de esta subordinación de la comisión promotora a lo pactado por la autonomía colectiva se puede encontrar en el *Acuerdo por el que se establece un nuevo sistema de previsión social complementaria que sustituye a los artículos 51, 52, 53 y 54 del Convenio Colectivo de la empresa “Prensa Española, Sociedad Anónima”* (BOE 26 julio 2000).

cabría admitir sin ningún tipo de problemas un sistema de mayorías cualificadas, por ejemplo, la unanimidad de las partes¹⁴²⁴ o el voto favorable de más de $\frac{3}{4}$ partes de sus miembros¹⁴²⁵.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que simultáneamente a la aprobación del proyecto de plan definitivo la comisión promotora debe desarrollar una serie de actuaciones de tipo instrumental necesarias para poder ejecutar el contenido del plan acordado. Entre las más importantes, cabe señalar el trámite obligatorio previsto en el art. 9.2 LPFP consistente en obtener un “dictamen de un actuario sobre la suficiencia del sistema financiero y actuarial del proyecto definitivo de plan de pensiones resultante del proceso de negociación”, lo que incluirá, asimismo, “un pronunciamiento expreso sobre la viabilidad del plan, a la vista de las bases estadísticas, demográficas y financieras en que se apoya el plan proyectado” (art. 23.4, párrafo 2º RFPF). Con buen criterio, este requisito de acreditar la aptitud financiera y actuarial del plan recae sobre el proyecto definitivo adoptado en el seno de la comisión promotora y no respecto del borrador inicial presentado por el promotor, ya que conforme a la normativa anterior la obtención de un dictamen favorable en este punto era previo a la constitución de la comisión promotora [art. 9.1 LPFP (Ley 8/1987)]. Sin lugar a dudas, resulta más apropiado que el informe de viabilidad correspondiente recaiga sobre el proyecto definitivamente aprobado en el seno del órgano de representación de las partes interesadas en la promoción del plan. Un dictamen actuarial y financiero respecto de un borrador (inclusive el pactado colectivamente) que puede sufrir variaciones en el desarrollo del proceso negociador resulta cuanto menos poco eficaz para la finalidad perseguida. Por último, hay que resaltar que este informe no será necesario en el caso de planes de “aportación definida que no prevean la posibilidad de otorgar garantía alguna a partícipes o beneficiarios...” (art. 9.2 TRLPFP).

C) El régimen específico de los planes promovidos por PYMES

Por último, hay que recordar, tal y como se avanzó con anterioridad, que el art. 27.5 RFPF ha previsto en este punto un régimen jurídico singular para las pequeñas y medianas empresas constituido por un conjunto de reglas excepcionales que tienen como finalidad facilitar en todo lo posible (especialmente en términos de costes) todo el proceso de promoción del plan y favorecer, de este modo, la generalización de los sistemas privados de pensiones en estas organizaciones productivas. De entrada, este sistema normativo específico cuenta con respaldo legal, como no podía de ser de

¹⁴²⁴ Vid. Apartado 4º del Anexo I del *Reglamento del Plan de Pensiones de los empleados de Mahon* (23 febrero 2005).

¹⁴²⁵ Vid. Apartado 5º de la Disposición Transitoria del *Reglamento del Plan de Pensiones de Deutsche Bank, S.A.E.* (18 diciembre 1997).

otro modo, encargándose el art. 9.6 de establecer las bases que han de regir las normas reglamentarias de desarrollo de este tipo de planes en punto a su aprobación y revisión. De entre éstas, cabe destacar aquellas que han tenido su traducción en sede reglamentaria y que vienen referidas a la fase constitutiva.

Así, en primer lugar, será el promotor el que proceda a la formalización del plan con el fondo de pensiones correspondiente si así lo acuerda con la representación de los trabajadores (art. 27.5, párrafo 2º RPPF). Por tanto, en este tipo de planes no resulta preceptiva la figura de la comisión promotora, de optarse, mediante acuerdo con la representación de los trabajadores, porque sea el empleador el que asuma la responsabilidad de elaborar y formalizar el plan para su integración en el fondo. Pero, dado que la norma no dice nada al respecto, cabe plantearse la doble posibilidad de que no existan representantes de los trabajadores en la empresa o, incluso, que no se alcance un acuerdo sobre este asunto. Entonces, ¿resultaría preceptiva la constitución de la citada comisión? No parece que sea otra la solución tal y como se expresa la norma referida (art. 27.5, párrafo 2º RPPF) ya que tan sólo autoriza la intervención en solitario del promotor a la hora de formalizar jurídicamente el plan si existe un acuerdo con los representantes de los trabajadores. Además, el propio precepto parece prever una eventual formación de la comisión promotora al permitir que ésta pueda “constituirse en comisión de control del plan, iniciando el período normal de mandato”. Reténgase además que no puede existir otra solución si se quiere ser coherente con el entero sistema normativo de los planes de pensiones que convierte a la comisión promotora en el único elemento constituyente del plan.

La segunda de las excepciones previstas en los planes de pensiones del sistema de empleo promovidos por pequeñas y medianas empresas viene referido al trámite exigido con carácter general de recabar un dictamen sobre la suficiencia del sistema. En este caso, el art. 27.5, párrafo 3º RPPF dispensa del mismo a este tipo de planes pero sólo “cuando el plan de pensiones prevea el aseguramiento de las garantías previstas en especificaciones con una entidad de seguros”.

2.3. La formalización jurídica del plan: su integración en el fondo de pensiones de empleo

El último trámite que la comisión promotora debe cumplir para formalizar jurídicamente el plan es el de presentar el proyecto ante el fondo de pensiones en que pretenda integrarse, consiguiendo la admisión en el mismo. Son dos aspectos que se derivan del principio de integración obligatoria del art. 5.1.e) TRLPPF. Con respecto a su presentación en el fondo, es el art. 9.2, párrafo 2º TRLPPF el que se encarga de exigir la misma, lo que debe ser complementado con lo dispuesto por el art. 10.4

TRLFPF que impone la integración del plan de pensiones del sistema de empleo “necesariamente en fondos de pensiones cuyo ámbito de actuación se limite al desarrollo de planes de pensiones de dicho sistema”. Así pues, como ya se dijo en otro lugar, se impone un principio de homogeneidad en la adscripción de los planes de carácter profesional a fondos de pensiones de empleo; algo que, como se sabe, encontró un respaldo legal reciente con ocasión de la reforma introducida por la Ley 24/2001, dado que con anterioridad no existía una previsión en este sentido, pudiendo los planes de empleo integrarse en fondos con planes individuales y asociados¹⁴²⁶. Por su parte, el art. 27.4, último párrafo RFPF reitera la exigencia de una integración especializada –“deberá ser un fondo de pensiones que integre planes de pensiones del sistema de empleo”-.

La presentación del plan en el fondo de pensiones requerirá con carácter previo valorar adecuadamente aquellos aspectos que pueden ser decisivos a la hora de decantarse por alguno de los fondos existentes en el mercado. Incluso, va a ser necesario plantearse con anterioridad la posible adscripción a varios fondos conforme a la previsión contenida en los arts. 10.2 TRLFPF y 66 RFPF. O la posibilidad de proceder a la integración del plan en un fondo de pensiones domiciliado en otro Estado miembro, conforme a lo previsto en el Capítulo X del TRLFPF. Téngase en cuenta que de optarse por esta vía será preceptivo cumplimentar el procedimiento de comunicaciones establecido en el art. 44.2 TRLFPF entre el fondo de pensiones y las autoridades del Estado miembro del fondo y de España como Estado de acogida¹⁴²⁷. Sea como fuere, hay que pensar que la elección del fondo deberá estar guiada por los siguientes criterios: el de la rentabilidad obtenida (si es de nueva creación), el número de planes

¹⁴²⁶ Esta tendencia a la especialización de los fondos de pensiones ha ido paralela a la modificación legislativa que entro en vigor en el año 2002 como consecuencia de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. *Vid.* DGSFP.: *Informe Estadístico de Planes y Fondos de Pensiones*, 2004, p. 28.

¹⁴²⁷ Dicho procedimiento se inicia con la notificación a la autoridad nacional competente de la pretensión de integrar el plan. Notificación que comprenderá información en la que, como mínimo, se identifique a España como Estado miembro de acogida, a la empresa o empresas promotoras y las principales características del plan. La información también deberá incluir la identificación del representante del fondo de pensiones en territorio español al que se refiere el artículo 46 TRLFPF. La autoridad competente del Estado miembro del fondo trasladará la información referida a la autoridad española en el plazo máximo de tres meses desde su recepción. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en el plazo de dos meses desde la recepción de dicha información, podrá informar a la autoridad competente del fondo de pensiones acerca de: 1.º Las disposiciones de la legislación social y laboral española con arreglo a las cuales deba desarrollarse el plan de pensiones, a las que se refiere el artículo 43.2; 2.º Las normas que hayan de aplicarse, en su caso, a la parte de activos del fondo correspondiente a los planes de pensiones sujetos a la legislación social y laboral española, de conformidad con lo previsto en el artículo 38.4; 3.º Las normas en materia de información a los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones de empleo exigibles a los fondos de pensiones domiciliados en España por esta Ley y sus normas de desarrollo, de conformidad con lo previsto en el artículo 38.5. El plan de pensiones se podrá integrar en el fondo de pensiones una vez que la autoridad competente del Estado del fondo de pensiones traslade a este la anterior información emitida por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o bien transcurrido el plazo antes citado de dos meses sin que el fondo de pensiones haya recibido comunicación alguna.

gestionados (si tiene adscrito más de uno) y el volumen de activos. La reflexión sobre estos aspectos debería evitar una posible decisión marcada por un interés empresarial ajeno al plan¹⁴²⁸. Habrá que considerar que esta elección se producirá, con toda seguridad, en el seno de la comisión promotora, pero nada impediría que la opción por un fondo de pensiones se haya pactado con carácter previo en el convenio o acuerdo colectivo de origen¹⁴²⁹.

Con la presentación del plan en el fondo de pensiones de empleo entra en juego el proceso de su admisión, cuya responsabilidad se traslada a dos órganos distintos: a la comisión de control del fondo, de estar constituida, o, en su defecto, a la entidad gestora, que se encargará de adoptar “en su caso el acuerdo de admisión del plan en el fondo por entender, bajo su responsabilidad, que se cumplen los requisitos establecidos” (art. 9.3 TRLPFP). Ya no resulta necesaria la intervención de la entidad promotora en ausencia de la comisión de control en el trámite de admisión en el fondo conforme al art. 23.3, párrafo 2º (RD 1307/1988), ya que, como se ha visto, esta decisión recae única y exclusivamente en la entidad gestora. De producirse la admisión, ésta se comunicará a la comisión promotora o, en su defecto, al promotor y el plan se entenderá formalizado a la fecha del acuerdo de adscripción en el fondo (art. 27.6 RFPF). Precisamente, hay que entender que la formalización tiene lugar con la suscripción del oportuno convenio entre el plan y el fondo, en virtud del cuál se produce la incorporación de aquél en este último¹⁴³⁰, lo que por exigencia reglamentaria supondrá la especificación de las siguientes circunstancias: las normas de cuantificación de la cuenta de posición del plan, las condiciones para su traspaso a otro fondo y el procedimiento en el caso de liquidación del plan (art. 61.1 RFPF). Además, en el caso de los planes de promoción conjunta, su formalización requerirá “la incorporación de los anexos suscritos por las empresas promotoras” [art. 40.b), último párrafo RFPF].

Una vez formalizado el plan corresponde a la comisión promotora instar la constitución de la comisión de control en un plazo máximo de 12 meses –seis en el ya derogado art. 23.4 RFPF (RD 1307/1988)- desde la susodicha formalización (art. 9.4 TRLPFP)¹⁴³¹. Además, en tanto no se

¹⁴²⁸ CC. OO.: *La exteriorización...*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁴²⁹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 625.

¹⁴³⁰ Así lo entienden ANGULO RODRÍGUEZ, E.: “Constitución y régimen de organización de los fondos de pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes...*, *op. cit.*, pp. 82-83.; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control...”, *op. cit.*, p. 547; LA CASA GARCÍA, R.: *Los Fondos de...*, *op. cit.*, p. 92; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 556.

¹⁴³¹ En el supuesto de planes integrados en un fondo de pensiones domiciliado en otro Estado miembro, se hace necesario, previo a la constitución de la comisión de control en el mismo plazo indicado para los planes adscritos a fondos domiciliados en España, que la comisión de promotora del plan comunique la correspondiente integración a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, a la que acompañará una acreditación de aquélla y un ejemplar de las especificaciones y de la base técnica, en su caso (art. 44.3 TRLPFP).

constituya aquél órgano, las funciones que le atribuye la Ley le corresponderá ejercerlas a la comisión promotora (art. 9.4 TRLPFP), lo que resulta muy significativo en el caso de los planes de promoción conjunta, dado que durante el tiempo que medie entre el momento de su formalización y el de la constitución de la comisión de control se otorga a la comisión promotora la competencia de aprobar la incorporación de nuevas empresas [art. 40.c) RFPF]. Por último, también a partir de la formalización jurídica del plan y en tanto no se constituya el órgano de supervisión del plan, corresponderá a la comisión promotora la incorporación de partícipes al plan de pensiones (art. 9.4 TRLPFP). Precisamente, las implicaciones que conlleva este proceso de incorporación o adhesión de los partícipes a un plan de pensiones del sistema de empleo serán objeto de nuestra atención en el siguiente apartado.

2.4. La incorporación de los partícipes al plan: la problemática cuestión del derecho de adhesión (u oposición) individual

Con la definitiva formalización del plan de pensiones tiene lugar la última parte del proceso de implantación de este instrumento de previsión, cuál es la incorporación de los partícipes. Se trata de un aspecto de especial importancia por cuanto guarda una relación directa con la nota de la voluntariedad, rasgo estructural característico de los sistemas privados de pensiones. En su momento, hicimos referencia a la doble dimensión institucional e individual de este principio básico, poniendo de relieve las importantes implicaciones que ambas dimensiones tenían en todo el régimen jurídico de los planes de pensiones. Pues bien, en este preciso instante interesa recuperar la reflexión que hacíamos en otro lugar con respecto a un eventual reconocimiento de la voluntariedad en su vertiente individual. Más en concreto, se trata de volver a analizar el modo en qué el legislador ha conformado definitivamente el sistema de incorporación de los trabajadores-partícipes a los planes de pensiones del sistema de empleo, lo que nos llevará a abordar de forma particular una cuestión de especial trascendencia, a saber, si es posible en nuestro sistema que un empleado resulte obligatoriamente integrado en un régimen complementario, si así se prevé por un acuerdo de dimensión colectiva, al margen de cuál sea su voluntad. Es evidente que esta situación no se plantea en el supuesto de que el plan de pensiones se haya formalizado por decisión o acto unilateral del empleador, dado que en este caso no hay duda de la necesidad de contar con la opinión del trabajador afectado por la medida.

La necesidad de desarrollar esta cuestión se deriva, por un lado, de la existencia de una evidente contradicción entre la fuente constitutiva del compromiso, de tratarse de una decisión colectiva, y el instrumento de previsión de carácter privado, ya que la regla de incorporación automática y obligatoria de aquélla se compagina mal con las notas de voluntariedad y

libertad de éste¹⁴³². Pero, por otro lado, también resulta preceptivo el análisis del problema reseñado atendiendo a la vaguedad e imprecisión que caracteriza a la formulación constitucional *ex art. 41 CE* en este punto, lo que supone dejar en manos del legislador la concreta configuración del sistema de incorporación a los planes del sistema de empleo. Por tanto, reducida la cuestión a una opción de política legislativa, resultarían perfectamente admisibles tanto aquellas soluciones a favor de un derecho de adhesión individual del trabajador al plan pese al origen negocial del mismo, con la consiguiente limitación de los normales efectos de las normas colectivas, como aquellas otras en las que la eficacia jurídica vinculante de la negociación colectiva se impone frente a un eventual derecho de afiliación/separación individual del trabajador¹⁴³³.

Como se ve, el análisis de la incorporación de los trabajadores al sistema-plan resulta especialmente complejo debido a la diversidad de intereses (colectivo e individual) enfrentados con las diferentes alternativas de política legislativa apuntadas. Por ello, resulta interesante abordar esta cuestión a partir de la evolución experimentada por la normativa en esta materia, la cuál, como se verá, se ha caracterizado por atravesar dos grandes etapas: la primera, en la que se hace prevalecer una visión marcadamente individualista del ejercicio del derecho de adhesión a un plan de pensiones y, la segunda, en la que el mayor protagonismo otorgado a la negociación colectiva lleva aparejado igualmente un fortalecimiento de la misma como mecanismo de instauración de medidas previsoras de eficacia colectiva. En todo caso, como se verá, el sistema legal vigente sigue asumiendo una posición de oportunidad y pragmatismo en esta cuestión al configurar un derecho de oposición (no adhesión) individual al plan de pensiones negociado colectivamente.

A) El “derecho de adhesión individual” en la LPFP (Ley 8/1987) y el RFPF (RD 1307/1988): un efecto de la ausencia de reconocimiento pleno de la dimensión colectiva de las pensiones privadas en la empresa

Ya hemos dicho con anterioridad que la voluntariedad que se deduce del término “libres” del art. 41 CE conlleva la necesidad de garantizar una libertad de constitución de regímenes de previsión profesionales, lo que supone reconocer una dimensión institucional aplicable al ámbito fundacional de los sistemas privados de pensiones. Parece claro que es la exigencia de la obligatoriedad en la instauración del sistema

¹⁴³² Como se ha destacado por la doctrina italiana, estamos ante una cuestión de la que cabe extraer importantes reflexiones en el campo iuslaboralista, dado que se señala con la misma un nuevo punto de confrontación en la atormentada dialéctica entre autonomía colectiva e individual como fuentes de reglamentación de la relación laboral (ZAMPINI, G.: “Destinatari e sistema...”, *op. cit.*, p. 227).

¹⁴³³ Ambas soluciones fueron tempranamente apuntadas por MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 599.

complementario lo que viene a impedir el texto constitucional. Asimismo, el reconocimiento de esta esfera de libertad de creación de planes de pensiones puede traducirse igualmente en la consagración de una libertad individual del partícipe del plan, en el sentido de atribuirle singularizadamente un derecho de adhesión, con lo que su incorporación al plan depende *strictu sensu* de su voluntad. Pero, al mismo tiempo, la fórmula constitucional tampoco impide, como se ha dicho, que la adhesión al régimen de previsión complementario libremente creado tenga lugar por el efecto obligatorio general y normativo predicado del convenio o acuerdo colectivo, lo que supondría reconocer la posibilidad de una manifestación colectiva de la adhesión al plan, en consonancia con lo previsto en otros ordenamientos, señaladamente el francés¹⁴³⁴.

Ante esta diversidad de soluciones, propiciadas por la ambigüedad deliberada de la formulación constitucional *ex art. 41 CE*, resulta obligado acudir al examen del modelo legal y reglamentario anterior para comprobar el modo en que se habían plasmado estas dos posibilidades. Pero antes de avanzar una conclusión al respecto resulta de interés poner de manifiesto un aspecto que en gran medida va a condicionar la lógica subyacente en todo el entramado normativo vigente en ese momento. En concreto, se trata de recordar lo evidente a estas alturas, y es que en la anterior LPFP (Ley 7/1987) destacaba la ausencia de una referencia explícita a la autonomía colectiva como fuente constitutiva principal de los regímenes complementarios. Esta falta de respaldo legal a la negociación colectiva como mecanismo de instauración de medidas previsoras se dejaba notar igualmente en la inexistencia de un reconocimiento directo de los efectos de las normas colectivas, específicamente en lo relativo a la unificación y generalización entre los colectivos potencialmente protegidos de las medidas de previsión pactadas en sede convencional. La consecuencia de todo ello era previsible en el sistema de incorporación de los empleados al plan negociado colectivamente: la consagración de un derecho de adhesión individual que iba a limitar la eficacia normativa del instrumento colectivo de formalización del plan.

De entrada, en el plano legal, no se va a deducir una solución expresa que deje a salvo el derecho de incorporación individual del trabajador al régimen de planes de pensiones derivados de la negociación colectiva, de

¹⁴³⁴ Constituyen ejemplos paradigmáticos de la adhesión obligatoria por efecto del convenio o acuerdo que los pone en marcha, aunque luego hayan sido objeto de generalización legal, los denominados como regímenes complementarios (*régimes de retraite complémentaire*). Igualmente, y aunque se caractericen por su carácter facultativo, también son obligatorios para los asalariados en aplicación de lo previsto en convenio colectivo los dispositivos clasificados bajo el término de previsión complementaria (*prévoyance complémentaire*). *Vid. DUPEYROUX, J. J.: Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 15.ª ed., 2005, p. 1074. Un análisis de esta previsión (*prévoyance*) colectiva obligatoria se puede encontrar en LYON-CAEN, G.: *La prévoyance*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 37-46.

igual modo, por ejemplo, que en el ordenamiento italiano¹⁴³⁵. Ni del art. 1.2 LPFP, que hace referencia a la facultad de constitución de los planes por la autonomía privada –individual o colectiva-, ni del art. 5.1.a) LPFP que se refiere al principio de no discriminación en el ámbito de los planes del sistema de empleo, se obtiene conclusión alguna acerca de la posibilidad de que los potenciales partícipes puedan expresar individualmente su voluntad de adhesión. En el primer caso, al hacer alusión a la constitución voluntaria de los planes únicamente se pone de manifiesto la exigencia de que los mismos no se impongan de forma obligatoria, es decir, sin contar con la voluntad de sus destinatarios, pero en modo alguno se deduce la forma de expresar individual o colectivamente esa voluntad. En el segundo caso, de los términos empleados en la norma -“...esté acogido o en condiciones de acogerse al citado Plan”- tampoco cabe obtener el reconocimiento de una libertad de participación individual del trabajador al plan¹⁴³⁶.

Sin embargo, la aparente neutralidad en este punto de la LPFP no es tal en el caso de su desarrollo reglamentario¹⁴³⁷. Comenzando por el art. 5.2 RFPF que en su primer párrafo reconoce expresamente que en los planes de prestación definida o mixtos, “el empleado en condiciones de acogerse podrá ejercitar su derecho de adhesión al Plan, dentro del año natural en el que alcance aquellas condiciones”; hasta el establecimiento por el art. 23.2, párrafo 2º RFPF de un proceso previo de incorporación de los potenciales partícipes a efectos de la formación de la comisión promotora, siendo aquéllos “...cualquier persona física que, pudiendo acceder a la condición de partícipe, manifieste su intención de hacerlo en un plazo...”. De ambos preceptos se obtiene una solución idéntica en lo que al sistema de incorporación de partícipes al plan se refiere, a saber, la necesidad de contar con la voluntad de adhesión del trabajador expresada de forma individual aunque el plan tenga su origen en un pacto colectivo de eficacia normativa¹⁴³⁸. Un análisis más exhaustivo de ambos preceptos nos servirá para justificar esta afirmación.

¹⁴³⁵ El art. 3.4 del decreto legislativo n. 124/1993 atribuye a las fuentes institutivas la potestad de determinar las condiciones de participación en el fondo de pensiones pero garantizando, en cualquier caso, la libertad de adhesión individual. En la actualidad, el art. 3.3 del decreto legislativo n. 252/2005 de *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*, cuya entrada en vigor se ha postpuesto al 1 de enero de 2008, reproduce literalmente lo indicado en la norma anterior. De esta forma, se ha podido decir por la doctrina italiana, que lo previsto en aquella disposición presenta los caracteres propios de un principio constitutivo del sistema (BESSONE, M.: *La previdenza complementare*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 70-71).

¹⁴³⁶ Por el contrario, para LÓPEZ CUMBRE, “la prevalencia de la adhesión individual se evidencia en el texto de la LPFP; incluso lo avala la referencia en relación a los planes del sistema de empleo a estar “acogido o en condiciones de acogerse al citado Plan...” (*La prejubilación, op. cit.*, p. 562).

¹⁴³⁷ De ahí que se considerara la posibilidad que la normativa reglamentaria hubiera llevado a cabo una interpretación extensiva del contenido legal, de signo claramente innovador y por ello “de dudosa legalidad”. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 601.

¹⁴³⁸ Para MONEREO PÉREZ, “el Reglamento ha venido a reconocer nada menos que un “derecho de adhesión individual” al Plan del Sistema de Empleo, siendo jurídicamente indiferente a estos efectos que la constitución del Plan –como será lo frecuente- derive del compromiso contraído en una norma

En el primer caso, hay que decir que el art. 5.2, párrafo 1º RPPF se encontraba inserto en un régimen de acceso de los partícipes al plan caracterizado por las siguientes notas: la primera, por el establecimiento de distintos plazos para el ejercicio de la facultad de adhesión, ya se tratara de planes de prestación definida o mixtos, cuya incorporación se materializaba en el año natural en el que se alcanzaran las condiciones exigibles para ser partícipe¹⁴³⁹ o de aportación definida, en cuyo caso el empleado podía adherirse en cualquier momento a partir de la fecha en que reunía los requisitos exigibles por cada plan; y la segunda, por la alusión al “empleado” o “empleados” como centro de imputación de las normas reguladoras del ejercicio del derecho de adhesión, sin una referencia explícita a una eventual manifestación colectiva de tal facultad; se habla del “empleado” que podrá adherirse en cualquier momento al plan del sistema de empleo de aportación definida (art. 5.2, párrafo 3º RPPF), como de los “empleados” que podrán acceder a la condición de partícipes en períodos adicionales (art. 5.2, párrafo 2º RPPF). Pues bien, de todo este sistema normativo se pueden deducir varios aspectos a considerar, que confirmarían la existencia de un derecho de afiliación al plan de clara configuración individual. Por un lado, el mandato reglamentario consistente en exigir el establecimiento de distintos momentos en el tiempo para que el empleado pudiera ejercer el derecho de adhesión al plan o que pudiera hacerlo en cualquier momento parecería confirmar la posibilidad de que el trabajador que esté comprendido en el campo de aplicación del convenio que formaliza el plan pudiera separarse rehusando su incorporación en su momento inicial. Hay que entender que esta necesidad que se impone en sede reglamentaria de acoger adhesiones extemporáneas

colectiva de potencial eficacia personal generalizada” (“Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 601). En idéntico sentido, ORDEIG FOS, J. M.ª: “Mutualidades de previsión social y planes y fondos de pensiones: órdenes jurisdiccionales competentes (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núms. 38 y 39, 1993, p. 698; ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.: “Convenio colectivo y trabajadores...”, *op. cit.*, p. 82; MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 55; ROMERO BURILLO, A. M.ª: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 348; SÁNCHEZ TORRES, E.: “Naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales a los planes y fondos de pensiones”, *Aranzadi Social*, Tomo V, 1997, p. 420; VV. AA.: *La previsión complementaria...*, *op. cit.*, p. 175. Por el contrario, para REY GUANTER y GALA DURÁN el requerimiento de una adhesión individual de los partícipes, aún en el caso de que el plan se haya establecido vía negociación colectiva, “deber ser objeto de reinterpretación por cuanto su admisión literal supondría desconocer la eficacia normativa del convenio colectivo que instaura el plan de pensiones, ya que, como es sabido, ni la negociación colectiva estatutaria ni extraestatutaria requieren la adhesión expresa de los sujetos afectados por aquélla, bastando la negociación y aprobación de los representantes legitimados para ello. Por tanto, el plan quedará válidamente constituido mediante convenio colectivo, sin requerir la adhesión individual de los afectados por el plan” (“Protección social...”, *op. cit.*, p. 303. En la misma línea, ALONSO SAURA, J. L.: “Las mejoras voluntarias...”, *op. cit.*, p. 94; MANRIQUE LÓPEZ, F.: “Examen de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 914; CASTRO ARGÜELLES, M.ª A.: “El papel de los planes...”, *op. cit.*, p. 486; y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 342 y ss.

¹⁴³⁹ En estos planes, el derecho de adhesión podía volver a ejercitarse incluso transcurrido el primer plazo establecido al efecto, de manera que el art. 5.2 RD 1307/1988 exigía del establecimiento de períodos adicionales –no superiores a cinco años ni inferiores a tres- finalizados los cuales el empleado podía acceder al plan si no ejercitó esta facultad.

juega a favor de la interpretación aquí defendida con respecto al establecimiento de un derecho de adhesión individual, dado que resulta difícil aceptar la posibilidad de una incorporación obligatoria a instancia de la norma colectiva si, al mismo tiempo y por imposición reglamentaria, se deben habilitar obligatoriamente otros plazos de adhesión de claro ejercicio individual. Por otra parte, las referencias al empleado (o empleados) no dejan lugar a dudas acerca de los sujetos que van a poder ejercitar el derecho de adhesión y la forma de expresar tal voluntad -se habla de “su derecho”, “su opción”, “podrá adherirse”-, dado que de pretenderse en sede legal como reglamentaria una expresión cualificada de la misma, en concreto, la que se deduciría de los efectos normales de un convenio o acuerdo colectivo de implantación del plan, lo lógico hubiera sido referirse explícitamente en este punto a la autonomía colectiva. O sino, ¿cómo cabe interpretar, como se verá más adelante, que en la actualidad sí se de un reconocimiento expreso de la eficacia normativa de los convenios con respecto a la posibilidad de que los mismos contemplen una incorporación directa de los empleados al plan? Hay que pensar que si con anterioridad la eficacia jurídica vinculante predicable de los acuerdos colectivos de trabajo se imponía siempre frente a ese derecho individual del empleado, no se entiende que en la actualidad se haya dado un giro a favor del fortalecimiento de la negociación colectiva a través de una mención expresa a la posibilidad de una adhesión directa de los empleados expresada en sede convencional. Cabe entender, por el contrario, que esta nueva orientación legislativa encuentra su razón de ser en las insuficiencias legales y reglamentarias que muestra esta etapa normativa analizada en punto a garantizar los efectos de las normas colectivas en la incorporación de los trabajadores a un plan¹⁴⁴⁰. De ahí que, a mi juicio, las posturas defensoras de una eventual adhesión obligatoria de los sujetos afectados por el plan formalizado en un acuerdo o convenio de eficacia jurídica vinculante, siendo aceptables, por cuanto se trataba de una opción perfectamente admisible en el texto constitucional y especialmente aconsejable en punto a la expansión de estos instrumentos de previsión, no tenían en cuenta el modelo legal y reglamentario vigente en ese momento, el cuál no efectuaba un reconocimiento pleno de los efectos de la intervención de la autonomía colectiva en esta materia, al contrario optaba por hacer prevalecer la posición individual de los empleados, potenciales partícipes. Hasta tal punto esto era así, que era la propia normativa de desarrollo de los planes y fondos de pensiones la que no tenía ningún rubor en reconocer que la implantación final de un plan no dependía únicamente de lo acordado en la negociación colectiva. En concreto, la Exposición de

¹⁴⁴⁰ No lo entiende así SUÁREZ CORUJO para quién no existían suficientes apoyos en la normativa de los planes y fondos de pensiones, especialmente en su desarrollo reglamentario, que sirvieran para postular la existencia de un derecho de adhesión individual (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 345).

Motivos de la Orden de 27 de julio de 1989 que regula el proceso de formalización de planes de pensiones promovidos al amparo del régimen transitorio establecido en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 1307/1988 consideraba que la autonomía colectiva no garantizaba la formalización del plan de pensiones, “dado que en última instancia la integración o no de cada empleado en ese plan de pensiones es una decisión individual”.

Por otra parte, la existencia de un derecho de adhesión individual se deducía también de la necesidad de que los potenciales partícipes tuvieran que manifestar su voluntad de incorporación al plan a efectos de la constitución de la comisión promotora (art. 23.2, párrafo 2º RFPF). Aún tratándose de una fase previa a la formalización jurídica del plan, por lo que se podría relativizar la importancia de esta adhesión, lo cierto es que esta exigencia de que los empleados manifestaran su intención de adquirir la condición de partícipe del plan al objeto de proceder a la elección de los miembros de la comisión de promoción del plan ponía de manifiesto, una vez más, la lógica subyacente en todo el sistema, que no era otra que la de resaltar en este punto la dimensión individual de la voluntariedad de los planes y fondos de pensiones, pese a la implantación colectiva del plan. Se insiste también en este punto que de haberse querido hacer prevalecer la eficacia jurídica vinculante del convenio en relación a la constitución de la comisión promotora se hubieran previsto en el sistema legal y reglamentario procedimientos de designación directa de sus miembros desde las instituciones propias de la negociación colectiva. Por el contrario, pese a que una norma colectiva pudiera haber adoptado este sistema de designación (por la comisión negociadora del convenio o por acuerdo de los órganos de representación de los trabajadores) únicamente se admitía el desarrollo de un proceso electoral entre los empleados dispuestos a integrarse de forma individual en el plan¹⁴⁴¹.

A decir verdad, esta imposibilidad de dar preferencia a la norma colectiva en este punto encontraba otra explicación en dos aspectos de especial trascendencia en todo el sistema normativo de los planes y fondos de pensiones, a saber, en la integración en un único texto legislativo de los distintos planes teóricamente existentes, que por otra parte es la que actualmente acoge el TRLFPF (RDLeg. 1/2002), pero más importante todavía, en el afán del legislador por ofrecer una regulación marcadamente homogeneizadora del conjunto de los planes, sin apenas proporcionar reglas y normas específicas para cada una de las modalidades. Así, tanto en el caso que nos ocupa, como es la exigencia de un proceso previo de

¹⁴⁴¹ Recordar, de nuevo, como la jurisprudencia consideró ilegal la determinación de los representantes de los potenciales partícipes en la comisión promotora por parte del Comité Intercentros [SAN 5 julio 1991 (AS 1991, 4643)] o la constitución de la Comisión promotora cuyos componentes habían sido elegidos por la comisión paritaria del convenio [STS 29 noviembre 2000 (AS 2000, 1439)].

adhesión de carácter individual, como en otros tantos aspectos se hacía prevalecer una regulación común a todas las modalidades de planes, desconociendo los caracteres propios de cada una ellas. Precisamente, la inexistencia de un tratamiento singularizado de los aspectos regulativos de cada tipo de planes resultaba patente en lo que a la incorporación de los partícipes se refiere, de modo que en el caso de los del sistema de empleo se daba preferencia a una lógica individualista más propia de los planes del sistema individual. Y así, pese a los efectos del convenio o acuerdo colectivo de formalización del plan, el cuál podía haber previsto la adhesión obligatoria de los trabajadores incluidos en su campo de aplicación, se daba prioridad a la necesidad de una aceptación individual de aquéllos. En clara sintonía con los planes individuales, no se tenía en cuenta la instrumentación colectiva de las pensiones privadas y la eficacia obligatoria automática que para todo su campo subjetivo de aplicación podía desplegar el convenio en el caso de los planes del sistema de empleo. De hecho, hay que decir que la normativa reglamentaria vino a establecer un reconocimiento generalizado y unitario para todos los planes de un derecho de adhesión individual al sistema de privado de pensiones, y ello pese a las circunstancias particulares que se daban en el caso de la modalidad de empleo.

Lo cierto es que este rasgo individualizador de los planes del sistema de empleo formalizados en la negociación colectiva se trasladó a la práctica negociadora del momento. Así, con anterioridad a la Ley 24/2001 y luego al RDLeg 1/2002 el empleado que reuniera el requisito de antigüedad correspondiente y, por tanto, que estuviera en condiciones de integrarse al plan podía instar su incorporación al mismo a través de su adhesión individual. De esta forma, el acceso a la condición de partícipe se supeditaba a un acto individual y voluntario del potencial partícipe consistente en manifestar su intención de integrarse en el plan. Por tanto, para la adquisición plena de la condición de partícipe era necesaria la manifestación formal de la voluntad del sujeto de acceder al plan y de someterse a las condiciones estipuladas en el reglamento correspondiente¹⁴⁴².

La solución a favor de esta libertad de afiliación individual, en detrimento de la posible adscripción obligatoria al plan formalizado en sede convencional, encontraba en el principio de jerarquía normativa su soporte

¹⁴⁴² Ejemplos ilustrativos de ello son el *Plan de Pensiones de Empleados de la Caja Insular de Ahorros de Canarias* (Junio 1998); el *Plan de Pensiones de Empleados de Caja de Ahorros de Asturias (PECAJASTUR)* (3 Septiembre 1996); o el *Plan de Pensiones de Sistema de Empleo de Repsol Química* que optan por que el potencial partícipe ejercite su derecho de adhesión en el periodo de un mes que, cada cinco años a partir de la formalización del Plan, el Promotor establecerá. Otros, como el *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Distribución* (Enero 1998); el *Reglamento del Plan de Pensiones Caja Antequera-Emplo*; el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo de la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha* y el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo de la de la Caja de Ahorros Provincial de Albacete* se decantan por el plazo de un mes a establecer por el Promotor cada tres años.

jurídico. En efecto, admitida una eventual contratación colectiva de los planes por el juego del art. 85.1 ET, este mismo precepto reconoce que ello puede tener lugar “dentro del respeto a las leyes”, lo que supone admitir la subordinación de la autonomía colectiva a lo dispuesto por la normativa estatal, en perfecta coherencia con el art. 3.1 ET. Así, aunque la regulación legal de los planes y fondos de pensiones acepta la libertad de contratación colectiva de los planes en la modalidad de empleo, finalmente la acaba limitando, al reconocer expresamente un derecho de adhesión individual del trabajador que, como se ha dicho, impide la eficacia colectiva obligatoria general del convenio colectivo que incorpora el compromiso de su implantación¹⁴⁴³. En este caso, la norma colectiva debe respetar la regulación de la norma estatal tanto por razones de jerarquía, como de competencia, pues, aunque, el convenio colectivo puede, como ya se ha dicho, adoptar medidas de previsión, “no es instrumento idóneo para regular los aspectos institucionales de los planes y fondos de pensiones no disponibles por la autonomía privada (art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores)”¹⁴⁴⁴.

Sin embargo, esta opción de política legislativa no podía desconocer durante mucho tiempo la dimensión colectiva que las pensiones privadas tenían en el marco de las relaciones laborales. De un lado, el mandato constitucional contenido en el último inciso del art. 41 CE no era necesariamente reconducible a una pretendida voluntariedad de signo claramente individualizador, cabía admitir una manifestación colectiva de la incorporación de los partícipes al plan. Por tanto, se podía sostener la legitimidad de un acuerdo colectivo de eficacia normativa que sometiera obligatoriamente a los empleados incluidos en su campo de aplicación al sistema complementario creado desde aquella instancia, siendo irrelevante a estos efectos la declaración individual de adhesión por parte del trabajador. De otro, la propia generalización de los planes de pensiones del sistema de empleo, pretendida desde la normativa reguladora de estos instrumentos de previsión, quedaba en entredicho de no potenciarse la negociación colectiva en este punto, ya que con la imposición de un límite legal explícito a la normal eficacia normativa de los convenios o acuerdos colectivos conforme a los arts. 82.3 y 85.1 ET se obstaculizaba su desarrollo al hacerse necesaria siempre y en todo caso una afiliación individual¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, pp. 602-603.

¹⁴⁴⁴ STS 29 noviembre 2000 (AS 2000, 1439).

¹⁴⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 603.

B) El derecho de oposición (o no adhesión) individual al plan en el TRLFPF (RDLeg 1/2002) y el RFPF (RD 304/2004): una solución de equilibrio entre lo colectivo y lo individual

Como se ha dicho, el reconocimiento de un derecho de adhesión de estricta configuración individual en la que el empleado potencial partícipe era quién determinaba su integración en el sistema de previsión podía tener como consecuencia la limitación de los efectos de un plan de pensiones que tuviera su origen en un acuerdo de eficacia colectiva, y que como tal, tuviera la intención de afectar al conjunto de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. Se trataba, como se ha reiterado, de una cuestión ciertamente problemática teniendo en cuenta que el carácter voluntario de los regímenes privados de pensiones y, por tanto, del derecho (individual) de adherirse o no de los partícipes podía entrar en contradicción con la tutela del interés colectivo de previsión expresado en un convenio de eficacia general. En efecto, instaurado un plan de pensiones a través de lo pactado en la negociación colectiva el reconocimiento del derecho del potencial partícipe a acogerse o no a las previsiones del plan suponía limitar la eficacia jurídica vinculante predicable del convenio como expresión cualificada de la autoridad colectiva. Dicho de otro modo, la facultad de decidir el acceso o no a un plan negociado por los interlocutores sociales y formalizado a través de un convenio colectivo suponía reducir los efectos del poder sindical y, por tanto, la eliminación del efecto obligatorio general de la norma colectiva¹⁴⁴⁶.

Sin embargo, frente a esta opción a favor del reconocimiento de un derecho individual de adhesión, incorporado a la normativa precedente, también cabía sostener, desde el plano constitucional, aquella otra en la que se aceptara la legitimidad de un acuerdo colectivo que sometiera obligatoriamente a los empleados incluidos en su ámbito al régimen complementario creado por un instrumento de eficacia jurídica vinculante¹⁴⁴⁷. De este modo, no sería necesaria una declaración individual

¹⁴⁴⁶ También este aspecto ha sido destacado por la doctrina italiana, dado que se ha podido decir que con la previsión de la libertad de adhesión individual (y la consecuente prevalencia de la autonomía individual sobre la colectiva) parece desatenderse la lógica uniformizante predicable de la gestión sindical-colectiva de la previsión que, en este caso, deberá enfrentarse a una fuerte diferenciación de los correspondientes intereses de los trabajadores en la materia, con la particularidad de las singulares y siempre cambiantes situaciones personales de los destinatarios de las medidas de previsión social complementaria y, en definitiva, con una mayor dificultad a la hora de hacer aflorar un interés colectivo, homogéneo y gobernable... (ZAMPINI, G.: "Destinatari e sistema...", *op. cit.*, pp. 227-228). *Vid.* igualmente sobre esta cuestión ALAIMO, A.: "La previdenza complementare della crisi del *welfare state*: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale", *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2001.

¹⁴⁴⁷ No sólo sobre la base de lo dispuesto en el art. 41 CE sino también con fundamento en el art. 37 CE cabría aceptar la posibilidad de una adhesión forzosa del trabajador sujeto al convenio colectivo que ha formalizado el plan. Además, de que sería congruente con la doctrina constitucional, dado que ésta ha reiterado que "la satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva, la cuál no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo

de adhesión por parte del trabajador para su incorporación al plan si el convenio dispusiese su afiliación obligatoria¹⁴⁴⁸. En definitiva, se trataría de hacer prevalecer la voluntad colectiva sobre la individual a través de la incorporación directa de los trabajadores al plan negociado colectivamente sin necesidad de adhesión expresa en tal sentido de los sujetos afectados¹⁴⁴⁹.

Esta posibilidad de dar prioridad a la eficacia normativa del convenio colectivo que sirve de soporte al plan por encima del interés individual del sujeto afectado por la medida de previsión no contaba, como se ha dicho, con suficientes apoyos legales y reglamentarios para que tuviera lugar, lo que, sin lugar a dudas, era una consecuencia más de la escasa presencia de la negociación colectiva en todo el entero sistema de planes y fondos de pensiones. Por tanto, cabía esperar que un mayor protagonismo concedido a la autonomía colectiva en el ámbito de los planes del sistema de empleo pudiera llevar aparejado un reconocimiento pleno del efecto jurídico vinculante de los acuerdos o convenio colectivos en punto a una eventual integración directa de los partícipes del plan adoptado. Pues bien, las reformas acontecidas, sobre todo a partir de la Ley 24/2001, parecen orientarse en esa dirección, es decir, en reconocer que el tema de las pensiones privadas es una cuestión de dimensión colectiva cuando se enmarcan en el sistema de relaciones laborales, y que por su propia naturaleza reclama una regulación colectiva como fruto del acuerdo entre los representantes de los trabajadores y de la empresa¹⁴⁵⁰. En definitiva, como se ha venido reiterando, el giro legislativo adoptado con la Ley 24/2001 marca el inicio de una etapa de reconocimiento del papel que la

decisivamente tanto a las mejoras de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general” [STC 58/1985, de 30 de abril (FJ 6)].

¹⁴⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instrumentación jurídica e institucional...”, *op. cit.*, p. 602.

¹⁴⁴⁹ Esta opción de la incorporación directa de los potenciales partícipes al plan creado colectivamente fue barajada por la doctrina italiana. Se consideraba por algún autor que pese al reconocimiento de un principio de libertad de adhesión individual, la fuente institutiva, señaladamente la autonomía colectiva, podía decidir la inscripción cuasi automática del trabajador con el otorgamiento a éste de una facultad de rechazo o de aceptación expresa (PANDOLFO, A.: “La nuova cornice legislativa della previdenza complementare”, *Diritto & Pratica del Lavoro*, núm. 35, 1993, p. X). En la misma línea TURSI, para quién resulta preferible interpretar la garantía de libertad de afiliación individual en el sentido de admitir la legitimidad del mecanismo de adhesión automática al fondo de pensiones, salvo rechazo o desistimiento del trabajador singularmente considerado (“Contrattazione collettiva...”, *op. cit.*, p. 284). Por el contrario, otros autores, no han admitido la posibilidad de que la adhesión individual pueda tener una manifestación tácita, a través de la introducción, por efecto de la contratación colectiva, de una suerte de silencio consentido –*silenzio-assenso*-. Aparte de la dificultad, en el ámbito del derecho privado, de otorgar valor de tácita aceptación a un comportamiento meramente omisivo (ZAMPINI, G.: “Destinatari...”, *op. cit.*, pp. 228-229). En parecidos términos, MASTRANGELI, F. D.: “Instituzione delle forme pensionistiche complementari (Art. 3)”, *Nuove Leggi Civili Commentate*, núm. 1, 1995, p. 183.

¹⁴⁵⁰ SJS Madrid 20 octubre 1999 (*AL* 2000, 573). Como señala la STSJ 8 septiembre 2005 (*AS* 2005, 3624) en un plan caracterizado por ser de empleo aparece en la práctica, de forma frecuente, un factor añadido que no se puede obviar: el convenio colectivo o la autonomía colectiva como una fuente de regulación.

negociación colectiva puede jugar en la potenciación de los sistemas privados de pensiones. Ahora bien, el modo en que esta nueva dirección a favor del principio de autonomía colectiva negocial ha afectado a la regulación precedente y, más específicamente, al derecho de adhesión individual es una cuestión que requiere de un análisis más detenido.

De entrada, hay que decir que esta nueva orientación resulta, sin ningún género de dudas, más congruente con el carácter colectivo que subyace en los planes del sistema de empleo y, también, con los efectos de los acuerdos colectivos de eficacia jurídica vinculante que hayan podido formalizar un plan. Se destacan, en este sentido, tres medidas, las cuáles suponen un cambio importante con respecto a la legislación precedente, dado que se produce un reconocimiento explícito de la negociación colectiva como instrumento de afectación general incluso en el ámbito de las pensiones privadas. La primera de ellas se contiene en el art. 4.1.a), último párrafo TRLFPF al indicar que “cuando en el convenio colectivo se haya establecido la incorporación de los trabajadores directamente al plan de pensiones, se entenderán adheridos al mismo (...)”. Así, en coherencia con la fuerza vinculante predicable de los convenios colectivos *ex art. 37 CE*, éstos van a poder imponer colectivamente la afiliación al plan y hacerlo de forma automática sin esperar a una adhesión “*ex ante*” (con carácter previo o inicial)¹⁴⁵¹. De este modo, la adquisición de la condición de partícipe se simplifica enormemente no siendo necesario iniciar un procedimiento de adhesión para aquéllos que se encuentren afectados por lo dispuesto en el convenio colectivo. La segunda de las medidas también aparece en el art. 4.1.a) último párrafo al posibilitar que “el convenio condicione las obligaciones de la empresa con los trabajadores a la incorporación de éstos al plan de pensiones”. Desde luego, esta previsión ha de entenderse que juega a favor del principio de autonomía colectiva negocial, dado que se faculta a los actores sociales para que puedan imponer determinadas condiciones de participación a efectos de la instrumentación del plan del sistema de empleo¹⁴⁵². Por último, la tercera de las medidas de potenciación de la negociación colectiva en este punto se recoge en el art. 9.4, párrafo 2º TRLFPF al permitir que en virtud de acuerdo adoptado por la empresa con los representantes de los trabajadores en la misma la comisión promotora, una vez formalizado el plan de pensiones del sistema de empleo, pueda “efectuar directamente la incorporación al mismo de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios (...)”. Desde luego, de estas tres previsiones¹⁴⁵³ se infiere el intento del

¹⁴⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁵² Para SUÁREZ CORUJO lo señalado en esta cláusula supone reconocer “que la última palabra acerca de la incorporación de los trabajadores al plan de pensiones reside en la negociación colectiva” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 349).

¹⁴⁵³ Por lo demás, estas medidas se reproducen en los mismos términos en el art. 28 RFPF.

legislador por corregir la situación anterior en la que no existía un respaldo suficiente, al menos expresamente, en favor de una manifestación colectiva del ejercicio del derecho de incorporación al plan. Así, el que la adhesión del trabajador individual afectado por el convenio colectivo se presume “ex lege” resulta más congruente con la naturaleza de la fuente constitutiva del plan y sus efectos. Se refuerza, por tanto, la capacidad de afectación generalizada de las medidas de previsión contempladas en el convenio¹⁴⁵⁴.

Este fortalecimiento de la negociación colectiva en este punto podía haber llevado al legislador a aceptar finalmente que la adhesión impuesta colectivamente no admitiera ningún tipo de excepción, es decir, que no se pudiera ejercitar una facultad individual de separación del trabajador afectado por la medida. La solución legal antes descrita, en la que la eficacia normativa del convenio sirve de fundamento para la incorporación directa de los trabajadores al plan sin necesidad de su aceptación individual previa [art. 4.1.a) último párrafo LPFP] parecería decantarse por esa posibilidad. Sin embargo, adoptando una posición de oportunidad y pragmatismo, el legislador ha optado finalmente por una solución de compromiso reservando un espacio a la autonomía de decisión individual¹⁴⁵⁵. Y así, como se verá a continuación, la normativa vigente en la actualidad ha querido otorgar al partícipe, de nuevo singularizadamente, de un margen razonable de libertad individual a efectos de su incorporación y participación a un plan, y ello pese a que la implantación de la medida de previsión haya sido el resultado de un acuerdo colectivo de trabajo de eficacia normativa.

La medida más importante que se incorpora al sistema legal con el objetivo de atender el interés particular de los partícipes es la configuración de un auténtico derecho de oposición individual a la participación en el plan de pensiones creado en virtud de un convenio colectivo¹⁴⁵⁶. Así, el art. 4.1.a), último párrafo TRLPFP reconoce una facultad de separación del plan a los trabajadores incorporados automáticamente a instancias del convenio, exigiendo únicamente que se haga por escrito y ante la comisión promotora o de control. Pese a que el mismo precepto autoriza que la adhesión se pueda imponer colectivamente y que, por tanto, tenga efecto presunto sobre la posición individual del trabajador ello no es óbice para que éste pueda hacer uso por escrito de una reserva individual de no

¹⁴⁵⁴ Se puede decir que “la nueva formulación legal (que data de la Ley 24/2001) introduce un principio de favor hacia la autonomía colectiva negocial” (MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 49).

¹⁴⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁵⁶ De algún modo, esta medida recogía la experiencia británica del *opting out* consistente en la posibilidad que se le ofrecía al empleado de descolgarse del plan de pensiones (*occupational pension schemes*) previsto para todos los trabajadores. Esta opción resultaba preceptiva, pese a la inclusión inicial de todos los empleados al plan, dado que a partir de 1988 la afiliación a dichos planes de previsión empresarial se convierte en voluntaria.

adhesión. Cabe entender, por tanto, que la plena integración de los sujetos afectados por la eficacia del convenio se hace depender de que los mismos no ejerzan su derecho de oposición a la incorporación. Esta libertad de no afiliación se extiende igualmente para el caso en que la adscripción automática al plan se haya efectuado desde la comisión promotora y en virtud de un acuerdo adoptado por la empresa con los representantes de los trabajadores. Para este caso, como en el anterior, resulta obligado fijar “un plazo para que los que no deseen incorporarse al plan se lo comuniquen por escrito” (art. 9.4, párrafo 2º TRLFPF). Pero es más, cabe sostener igualmente la aplicabilidad de este derecho de oposición al supuesto en que el convenio o acuerdo colectivo haya previsto algún tipo de condicionamiento a la implantación del plan relacionado con la necesidad de la participación de los trabajadores incluidos en su campo de aplicación [arts. 4.1.a) y 9.4 TRLFPF]. El hecho de que se imponga como requisito para la formalización del plan el que exista una participación de todos los sujetos afectados por el convenio, no resulta un argumento suficiente como para negar la posibilidad de que alguno o varios de ellos puedan desmarcarse a título individual. En los términos en los que se expresa la norma (habla de condicionar las obligaciones de la empresa) no parece deducirse la eliminación en este punto del derecho de oposición individual de los sujetos afectados por la medida de previsión¹⁴⁵⁷. Más bien cabe pensar que la finalidad de la norma es asegurar desde el convenio que el plan cuente con una participación suficiente (no necesariamente todos) de los trabajadores como para que sea viable¹⁴⁵⁸.

Con el establecimiento de este derecho de oposición se ha adoptado, sin lugar a dudas, una solución de compromiso entre la tutela de los intereses colectivos e individuales presentes en este ámbito de la previsión complementaria¹⁴⁵⁹. De este modo, hay un reconocimiento de la capacidad de afectación del convenio, al no resultar necesaria la adhesión individual de los trabajadores incluidos en su campo de aplicación, pero, al mismo tiempo, se habilita una opción de separación del potencial partícipe individualmente considerado. Por tanto, estamos ante una medida de equilibrio por cuanto no se ha querido reconocer al convenio de eficacia normativa la facultad de imponer en todo caso la adhesión al plan.

¹⁴⁵⁷ En contra SUÁREZ CORUJO, para quién lo más razonable en este punto es sostener un reconocimiento al convenio de la “facultad de imponer en todo caso la adhesión al plan, sin posibilidad de desmarque de los trabajadores a título individual...” (“Planes del pensiones del sistema...”, *op. cit.*, p. 397).

¹⁴⁵⁸ Dos ejemplos extraídos de la práctica negociadora parecen confirmar lo comentado. Así, el art. 54 del *Convenio Colectivo de las empresas Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio* (BOE 8 agosto 2005) establece la necesidad de que se alcance un determinado número de participantes para que se pueda poner en marcha el plan. Por otro lado, la Disp. Adic. del *Convenio Colectivo de la empresa “Danone, Sociedad Anónima”* (BOE 4 febrero 2003) indica de forma más clara que la formalización definitiva del plan se supedita a que el número de partícipes alcance el 70 por 100 del total de la plantilla implicada.

¹⁴⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 78.

En la adopción de esta solución normativa ha tenido un peso decisivo la posibilidad de que el plan negociado colectivamente imponga al partícipe un deber de contribución. De hecho, cabe pensar que la postura de oposición del trabajador tendrá lugar casi siempre en el supuesto de exigibilidad de aportaciones económicas extraídas de su salario¹⁴⁶⁰. Por ello, se puede sostener que en la mente del legislador han influido otras previsiones normativas que guardan cierta analogía con la que aquí se está analizando. En concreto, nos referimos a la facultad que se concede a los trabajadores de "...acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios..." (art. 192 TRLGSS)¹⁴⁶¹ o a la necesidad de contar con la conformidad de los trabajadores cuando desde el convenio se les imponga el deber de contribuir económicamente a la gestión de los sindicatos representados en la comisión negociadora (canon de negociación colectiva) o cuando se proceda al descuento de la cuota sindical (art. 11.1 y 2 LOLS). En ambos supuestos se hace prevalecer la autonomía individual frente a la negociación colectiva al considerarse que los pactos alcanzados en sede convencional no deben ser operativos cuando se imponga una obligación de pago para los trabajadores¹⁴⁶². En idéntico sentido, y para el caso de los planes, se consideraría que este deber de aportación implicaría la imposición desde la autonomía colectiva negocial de un plus de protección esencialmente libre que forzaría a contar con la opinión de los afectados¹⁴⁶³ y, por tanto, con su aceptación individual al no hacer uso de su derecho de oposición previsto legalmente. A pesar de que el modelo legal podía haber optado por no admitir un derecho de oposición al plan formalizado en convenio y, al mismo tiempo, imponer la necesidad de contar con la conformidad del trabajador afectado en el caso de que se le exija participar en su financiación, lo cierto es que se ha preferido establecer de forma indiferenciada una garantía legal de separación individual. La posibilidad de que la adhesión al plan pueda imponerse en todo caso por la negociación colectiva no implica igualmente que se pueda forzar a los trabajadores a participar financieramente en el mecanismo de previsión. Así, para algún autor, "las especificaciones de un plan sólo pueden establecer la obligación de los partícipes de realizar aportaciones

¹⁴⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: "El Texto Refundido de la Ley...", *op. cit.*, p. 49. Al contrario, será difícil que se pueda dar una renuncia del trabajador en el caso de que el plan cuente únicamente con la contribución del promotor.

¹⁴⁶¹ Así, en el supuesto de mejoras instrumentadas a través de un seguro colectivo, cuando en el pacto laboral correspondiente se establece la participación de los trabajadores en la prima del seguro, resulta preceptivo, por efecto del art. 192 TRLGSS, el requerimiento de "un acto expreso de aceptación del seguro por parte de cada trabajador asegurado (...)". *Vid.* YANINI BAEZA, J.: *las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁶² ALONSO SAURA, J. L.: "Las mejoras voluntarias...", *op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁶³ Con anterioridad a la reforma legal llevada a cabo por la Ley 24/2001 ya se consideró que en el caso de que se pretendieran aportaciones directas de los propios trabajadores era preciso "contar con la conformidad del trabajador afectado" (MATEU ROS CERREZO, R.: "Planes y fondos de pensiones...", *op. cit.*, p. 2395).

sólo si la participación en el plan es una decisión que queda exclusivamente en manos de cada uno de los trabajadores individualmente”¹⁴⁶⁴. Según nuestra opinión, no es ésta la solución que la normativa legal ha aceptado, dado que partimos de la consideración de que la negociación colectiva está habilitada para la incorporación presunta de los partícipes sin necesidad de una adhesión previa individual; adscripción que únicamente se ve confirmada como consecuencia de que el trabajador no ejercite su derecho de oposición. Por tanto, corresponde al empleado-potencial partícipe el decidir finalmente su adhesión al plan en base, entre otras consideraciones, a las condiciones de financiación del mismo. Por ello, y siempre desde la perspectiva legal, importa poco que la negociación colectiva haya impuesto o no un deber contribución a efectos de tener que solicitar la conformidad de los sujetos participantes en el plan, dado que corresponde en todo caso al trabajador valorar si renuncia o no a su derecho de participación. En suma, al existir siempre un derecho de reserva individual, que por lo demás es indisponible por la autonomía colectiva¹⁴⁶⁵, la negociación colectiva podrá siempre decidir si obliga o no a los partícipes del plan a realizar aportaciones.

Por lo demás, este reconocimiento de un derecho de oposición individual a la incorporación al plan resulta congruente con el régimen de incorporación previsto en el art. 6 del RD 1430/2002, de 27 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social¹⁴⁶⁶ el cuál establece que cuando la declaración de incorporación de los mutualistas sea de carácter general, “procedente de acuerdos adoptados por los órganos representativos de las cooperativas o de los colegios profesionales, los interesados podrán oponerse individualmente a su incorporación a la mutualidad”. En idénticos términos que en la normativa de los planes, la oposición “deberá manifestarse por escrito dirigido a la mutualidad (...)” y de no hacer “uso de su derecho de oposición se entenderán incorporados a la mutualidad (...)”. Resulta evidente, por tanto, la analogía de tratamiento con el régimen previsto en los planes del sistema de empleo, ya que se reconoce igualmente la posibilidad de que la decisión adoptada colectivamente (acuerdo social, en este caso) pueda servir para incorporar de manera general a los mutualistas. Pero, al mismo tiempo, se faculta a los interesados para que puedan desmarcarse del acuerdo a través del ejercicio de su derecho de oposición. De no ejercerlo se entenderán “ope legis” adscritos a la mutualidad.

Por otra parte, hay que decir que este derecho de oposición individual no es la única medida prevista legalmente en orden a garantizar los intereses individuales de los partícipes respecto a su eventual participación

¹⁴⁶⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: “Los planes de pensiones del sistema...”, *op. cit.*, pp. 399-400.

¹⁴⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁶⁶ BOE 13 enero 2003.

en un plan de pensiones. El art. 9.4 TRLPFP opta, asimismo, por el establecimiento de una pluralidad de vías para proceder a la integración de los partícipes, sin descartar “la suscripción de documentos individuales” a tal efecto. Por tanto, quedará en manos de la fuente de implantación del plan el que la incorporación de los partícipes discurra por el procedimiento de adhesión individualizado que se haya previsto formalmente.

De todo lo dicho hasta aquí cabe reiterar, de nuevo, la solución de equilibrio a la que llega el legislador entre lo colectivo y lo individual en este sistema de previsión, lo que no resulta cuestionable desde el punto de vista de su acomodo al texto constitucional. La garantía de un derecho de oposición individualizado no supone una vulneración del principio de autonomía colectiva consagrado en el art. 37.1 CE¹⁴⁶⁷. Ahora bien, no hay duda de que la instauración legal de una vía de separación individual y de forma indiferenciada puede entrañar ciertos riesgos en lo que a la generalización de la previsión social complementaria se refiere, dado que cabe pensar que en la práctica se puedan producir renunciaciones forzadas de aquellos trabajadores más vulnerables a participar en este mecanismo de protección social¹⁴⁶⁸, sobre todo cuando las exigencias de aportación, impuestas obligatoriamente desde el convenio, sean inasumibles para ellos. No en vano, es ésta una cuestión de enorme actualidad en el Reino Unido al plantearse la posibilidad de incrementar el ahorro obligatorio debido a las deficiencias que un mercado voluntario de pensiones presenta para los menos afortunados¹⁴⁶⁹, con especial incidencia en las mujeres¹⁴⁷⁰.

C) El ejercicio del derecho de oposición o no adhesión al plan

Pese a algunas indicaciones legales y reglamentarias al respecto, lo cierto es que el concreto régimen jurídico aplicable a la incorporación de los potenciales partícipes al plan se hace depender de lo establecido en la norma colectiva que lo originó o de las propias especificaciones. Tanto si se opta por la incorporación automática y directa de los trabajadores afectados por el convenio que instaura la medida de previsión como si se prefiere establecer un procedimiento específico de adhesión individual, los arts. 4.1.a) último párrafo y 9.4, párrafo 2º TRLPFP dejan en manos de la negociación colectiva, o del promotor, si es el caso, la regulación del

¹⁴⁶⁷ Como indica MONEREO PÉREZ, “la fuerza vinculante de un convenio colectivo no es un valor absoluto, porque hay materias y derecho /legales y constitucionales) que debe respetar” (“El Texto Refundido de la Ley...”, p. 49).

¹⁴⁶⁸ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 354.

¹⁴⁶⁹ Sobre esta cuestión véase PENSIONS COMMISSION: *Challenges and Choices: The First Report of the Pensions Commission*, 2004 (www.pensionscommission.org.uk).

¹⁴⁷⁰ Un estudio sobre las motivaciones de los empleados, especialmente las mujeres, a la hora de rechazar la participación en un plan de pensiones empresarial (*occupational pension schemes*) se puede encontrar en GOUGH, O.: “Why do employees, particularly women, reject occupational pension schemes?”, *Employee Relations*, núm. 5, 2004, pp. 480-494.

sistema de integración en el plan de los partícipes, y con ello el derecho de oposición o no adhesión de los mismos. De modo que hay que estar a lo que, en su caso, se decida en la fuente constitutiva del régimen complementario correspondiente a efectos de la determinación de las condiciones de adscripción de los sujetos participantes¹⁴⁷¹. Por tanto, corresponderá a los sujetos negociadores del plan como al promotor, en su caso, fijar, al menos, tres aspectos que pasamos a desarrollar a continuación: en primer lugar, de tener el plan un origen negocial, será necesario optar entre la integración directa de los empleados incluidos en el campo de aplicación del convenio o el reconocimiento de un derecho de afiliación individual¹⁴⁷²; en segundo lugar, resultará preceptivo determinar el régimen aplicable a los empleados no incorporados al plan, especialmente en el supuesto de que el plan de pensiones acordado sea fruto de la transformación de un sistema de previsión anterior; y, finalmente, se deberán establecer reglas para la incorporación de los sujetos con posterioridad al momento inicialmente previsto para ello.

Con respecto a la primera cuestión, corresponderá a la negociación colectiva elegir la vía de incorporación de los partícipes que se considere más conveniente. En el supuesto de que se acuerde la adhesión directa de los sujetos afectados se deberá tener en cuenta las siguientes limitaciones legales. Por un lado, resultará obligado que el convenio, o el acuerdo si se autoriza a que sea la comisión promotora la encargada de efectuar la adscripción, contenga un mandato expreso por el que se establece que la incorporación de los trabajadores o empleados se produce directamente, sin necesidad de un proceso previo de adhesión. La importancia de esta previsión, que se insiste deberá estar explícitamente contenida en el convenio, resulta decisiva, ya que, a nuestro juicio, no basta con que el convenio correspondiente adopte la decisión de crear un plan para que los trabajadores incluidos en su ámbito subjetivo se entiendan adheridos automáticamente desde el mismo momento en que queda aprobado. Los términos en los que se expresa la norma –“(…) cuando en el convenio colectivo se haya establecido…” [art. 4.1.a) último párrafo TRLPFP]- son lo suficientemente claros como para considerar que tal adhesión no puede tener lugar sin un manifiesto reconocimiento en tal sentido. Además, el sistema legal impone como segundo requisito el que se señale a los potenciales partícipes un plazo para poder ejercitar su derecho de oposición. Por tanto, la adhesión automática al plan por mandato

¹⁴⁷¹ En la misma línea, el ordenamiento italiano deja en manos de la fuente institutiva el establecimiento de las condiciones de participación de los destinatarios del fondo de pensiones (art. 3.4 D.Leg. n. 124/1993).

¹⁴⁷² Hay que recordar que esta disyuntiva no tendrá lugar en el supuesto de que el plan de pensiones se haya formalizado por decisión o acto unilateral del empleador, dado que en este caso no hay duda de la necesidad de contar con la opinión del trabajador afectado por la medida.

convencional requiere simultáneamente del establecimiento de un procedimiento de renuncia dispuesto para los trabajadores adscritos que deseen desmarcarse a título individual. Adicionalmente, cabe considerar una tercera limitación que se puede imponer en sede convencional y que se relaciona directamente con la opción de la adhesión automática de los empleados efectuada desde el convenio. En concreto, nos referimos a que el propio acuerdo colectivo condicione las obligaciones de la empresa con sus trabajadores a la incorporación de éstos al plan. En este caso, la salvaguarda del derecho de renuncia individual, que hemos defendido también para este supuesto, nos llevaría a aceptar dos alternativas posibles: la primera, en la que se optaría por una adhesión automática prevista en convenio, de modo que la implantación final del plan se produciría por la inexistencia de renunciaciones en tal sentido, de ninguno o de un número determinado de trabajadores, según el caso; y, la segunda, en la que la puesta en marcha del sistema de previsión privado se activaría una vez se produjeran las adhesiones correspondientes de los trabajadores individualmente considerados.

El segundo cauce de incorporación de los partícipes al plan puede tener lugar a través del reconocimiento de un derecho de adhesión de carácter individual. Su instauración por la norma colectiva que formaliza el plan se producirá de dos maneras: por un lado, de forma indirecta, como consecuencia de la falta de previsión en el convenio de una incorporación directa de los trabajadores incluidos en su ámbito subjetivo, dado que en este caso se presume la necesidad de una adhesión individual de los empleados; por otro, directamente, al haberse establecido de manera expresa en el convenio. Esta última opción, la más frecuente por otra parte y la que resultará de aplicación al plan creado unilateralmente por el empresario-promotor, contará con un procedimiento formalizado que será objeto de desarrollo a través de las especificaciones correspondientes.

Una vez se ha optado por alguna de las dos alternativas –colectiva o individual- de incorporación de los partícipes, corresponde igualmente determinar otros dos aspectos esenciales de ese proceso: de un lado, habrá que establecer el momento temporal oportuno para el ejercicio del derecho de renuncia o de adhesión al plan, según el caso; de otro, habrá que fijar, asimismo, el momento del alta del partícipe, una vez se haya materializado su integración. Así, en el caso en que se opte por una adhesión automática instada por el convenio o acuerdo colectivo de trabajo, lo habitual será que las especificaciones del plan indiquen un plazo –normalmente de un mes¹⁴⁷³ a contar desde la formalización definitiva de la medida de la

¹⁴⁷³ Vid., art. 12 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Promoción Conjunta de los trabajadores del Comercio de Flores y Plantas* (BOE 26 octubre 2005); el art. 8 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los empleados de la Autoridad Portuaria de Melilla* (Junio 2005); art. 8 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Mahou* (23 febrero 2005);

previsión- para que los empleados que lo deseen puedan oponerse por escrito a la integración efectuada colectivamente. En el supuesto de que se haya reconocido un derecho de adhesión individual también corresponderá a las especificaciones del plan fijar el momento más oportuno para poder ejercitar el mismo, aunque habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 28.3 RFPF que permite su ejercicio en cualquier momento. En ambos supuestos, tanto si se ha optado por la adhesión directa como por el reconocimiento de un derecho de afiliación individual, hay que tener en cuenta que resultará aplicable lo previsto en el art. 9.4, párrafo 2º TRLFPF, el cuál viene a autorizar la “suscripción de documentos individuales o colectivos de adhesión al plan del sistema de empleo en virtud de delegación expresa otorgada por los partícipes”, de modo que nos podemos encontrar con que en uno u otro caso las especificaciones del plan exijan la cumplimentación de un documento de adhesión¹⁴⁷⁴ ante la entidad promotora correspondiente. Normalmente, éste se facilitará a los empleados en el momento de la firma del contrato¹⁴⁷⁵ o en aquel en que se alcance la antigüedad exigida, correspondiendo al promotor darle traslado a la comisión de control, quién se encargará, a su vez, de comprobar si, efectivamente, se cumplen las condiciones reglamentarias declarando, en su caso, la procedencia o improcedencia de la adhesión¹⁴⁷⁶.

En todo caso, la importancia de este proceso de incorporación o de adhesión descansa en el hecho de determinar la fecha del alta del partícipe, cuestión decisiva si tiene en cuenta que la misma marca el inicio de las

el art. 2.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Grupo Estrella*, art. 7 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Torraspapel, S.A.* (19 Mayo 2002); art. 10.1 de las *Especificaciones de Aportación Definida del Plan de Pensiones de los Empleados de SGL Carbón, S.A.*; art. 11.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* (14 Junio 2001); art. 10.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.*; art. 10.1 del *Reglamento de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los empleados de EMTUSA* y Punto 3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002).

¹⁴⁷⁴ Sobre el contenido de este documento de adhesión nada se dice en gran parte de los Reglamentos de Planes de Pensiones. Únicamente el art. 13.3 del *Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A. (APEMSA)*, establece los datos del Boletín de Adhesión, en el que se harán constar: a) nombre, apellidos, DNI, fecha de nacimiento y domicilio del partícipe; b) fecha de ingreso en APEMSA y número de matrícula; c) datos de los beneficiarios designados; d) la aceptación del contenido de las presentes especificaciones y de las normas de funcionamiento de los fondos de pensiones y e) fecha y firma del partícipe. En idéntico sentido, el *Reglamento del Plan de Pensiones de los empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* (14 Junio 2001).

¹⁴⁷⁵ Así aparece en las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)*, dado que el promotor del Plan se compromete a la entrega a los trabajadores de un Documento de Adhesión al Plan “de forma simultánea a la suscripción de su contrato de trabajo”, al objeto de recabar de los partícipes manifestación escrita de su deseo de adhesión o, en su caso, de no adhesión al Plan (art. 8.1.).

¹⁴⁷⁶ Las solicitudes de incorporación se van resolviendo en función del momento de su presentación. Y así, nos encontramos con reglamentos que prevén que la comisión de control se reúna una vez al mes para decidir sobre las adhesiones presentadas en el mes anterior. *Vid.*, entre otros, el *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (19 octubre 2000) y las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002).

aportaciones económicas al plan. Y así, las especificaciones del plan podrán escoger entre una multiplicidad de opciones, todas ellas posibles a tenor de la inexistencia de indicación legal alguna al respecto, entre otras, la de conectar el alta efectiva del partícipe al momento de la presentación del boletín de adhesión¹⁴⁷⁷, o trasladar los efectos del alta al día primero del mes siguiente a aquél en que se presentó la correspondiente solicitud de adhesión o al momento en que se aprobó por la comisión de control¹⁴⁷⁸. Pero también considerar la fecha del alta del partícipe a partir del uno de enero del año inmediato siguiente a aquél en se haya ejercitado la opción de adhesión¹⁴⁷⁹ o, incluso, desde el primer día del semestre natural siguiente a la fecha de su solicitud fehaciente¹⁴⁸⁰.

Junto a la posibilidad de que se produzca la incorporación al plan del partícipe, hay que referirse igualmente a las consecuencias de que no tenga lugar la misma, ya sea porque el sujeto afectado por la integración efectuada colectivamente se oponga en el plazo acordado a tal efecto o porque no ejercite su derecho de afiliación individual. Ante esta situación cabe dar respuesta, al menos, a tres interrogantes: primero, si el promotor queda liberado de las aportaciones comprometidas en el plan, segundo, si el

¹⁴⁷⁷ Así, el art. 7 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA* (18 Marzo 2002), contempla el alta del partícipe que ejercitó su derecho de adhesión dentro del año natural en que alcanzara dicha condición, desde el momento en que comunique que ejercita el mencionado derecho. En el mismo sentido, el art. 5.2 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones para los Empleados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (Ibercaja)* (31 Octubre 2001); art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Butano*; art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Petróleo* (Enero 1998); art. 7 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Ayuntamiento de Sánlucar de Barrameda*; art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.* (Noviembre 2000); art. 10 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Ayuntamiento de Béjar*; art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Mahou, S.A.* (Agosto 2001); art. 8 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)*; art. 7.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones Sistema de Empleo del Ayuntamiento de Fuenlabrada*; art. 11.1 del *Plan de Pensiones de Alcoa Inespal* (Octubre 2001); art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Sistema de Empleo de Repsol Química*; art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Sistema de Empleo de Repsol Distribución* (Enero 1998) y art. 11.1 del *Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores*.

¹⁴⁷⁸ Así se recoge en el art. 7 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (19 octubre 2000); art. 5 del *Reglamento del Plan de Pensiones Cementos Molins, S.A.*; art. 15.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España*; art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los Empleados de la Autoritat Portuària de Barcelona* (Junio 1997); art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los Empleados de la Autoridad Portuaria de Tarragona* (Enero 1998); art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Autoridad Portuaria de Cartagena*; art. 6.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A.*; y art. 7 de las *Especificaciones de Pymes Corporación Jerez, Planes de Pensiones* (Enero 1998).

¹⁴⁷⁹ En concreto, esta previsión tan a largo plazo se recoge en el art. 5 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Ajuntament de Barcelona* y art. 4.2. de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de la Diputación General de Aragón* (29 Octubre 2001), aunque en éste último plan se hace referencia al ejercicio siguiente como fecha de efectos del alta.

¹⁴⁸⁰ Previsión particular que se contiene en el art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Repsol, S.A.* (Junio 1994).

empleado va a poder incorporarse al plan en otro momento y en qué condiciones y, tercero, qué efectos jurídicos produce la renuncia a participar en un plan de pensiones que es fruto de la transformación de un sistema de previsión anterior.

Con respecto a la primera cuestión, pocas dudas ofrece la misma, ya que en el caso de la no adhesión u oposición del empleado la empresa quedará liberada de las obligaciones de previsión contempladas en el plan. Ahora bien, lo que sí puede ocurrir es que se prevea en la norma colectiva correspondiente que como consecuencia de su renuncia le resulte de aplicación otras medidas de previsión que no se hayan cancelado como consecuencia de la aprobación del plan. Por tanto, es muy probable que a los trabajadores que decidan no ser incorporados al plan en el plazo estipulado para ello se les apliquen normas transitorias que contemplen otros mecanismos de protección aún vigentes o alternativos¹⁴⁸¹. Tampoco plantea excesivos problemas la admisibilidad de incorporaciones de partícipes con posterioridad al momento inicial de la implantación del plan. De hecho, el art. 28.3 RPPF establece, de forma rotunda, que “el trabajador que reúna las condiciones para acceder al plan podrá ejercitar su derecho de incorporación en cualquier momento y en tanto no se haya extinguido su relación laboral con el promotor...”. Esta previsión, por lo demás, resultaría aplicable tanto a aquellos que, cumpliendo con los requisitos de acceso al plan, rechazaron adherirse al mismo en el momento de su creación, como a aquellos otros que cumplen con las condiciones exigidas con posterioridad a su implantación¹⁴⁸². En ambos supuestos, no cabe imponer restricciones de ningún tipo en cuanto a su integración al plan, ahora bien eso no significa que se le vayan a aplicar las mismas condiciones previstas inicialmente en el plan. El propio art. 28.3 RPPF resulta meridianamente claro al respecto al considerar que el régimen de aportaciones y prestaciones será el que se determine en cada caso, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en las especificaciones del plan en el momento en que el trabajador decida su incorporación. Igualmente, en el caso excepcional en que se permita el acceso de empleados que hubieran extinguido su relación laboral con el promotor, también serán las especificaciones del plan las que se encargarán de fijar “las condiciones de

¹⁴⁸¹ Sirva de ejemplo la Disp. Adic. del *Convenio Colectivo de la empresa “Danone, Sociedad Anónima”* (BOE 4 febrero 2003) que prevé para “aquellos trabajadores que decidan no ser incorporados al Plan de Pensiones en el plazo estipulado” el mantenimiento del derecho a seguir percibiendo los quinquenios en los términos establecidos en el *Convenio Colectivo 1999-2001*, art.º 26 y de un seguro de vida e invalidez, cuyas prestaciones serán también las definidas en el mencionado convenio.

¹⁴⁸² En el caso de un plan en el que se prevé una adhesión directa de los partícipes, lo lógico será que para los trabajadores que se incorporen a cualquiera de las entidades promotoras después de la formalización del plan su fecha de alta en el mismo se produzca con efectos de su respectiva fecha de ingreso en la empresa correspondiente, salvo que expresa e individualmente el trabajador opte por no adherirse al Plan. *Vid.* art. 12.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Promoción Conjunta de los trabajadores del Comercio de Flores y Plantas* (BOE 26 octubre 2005).

incorporación y el régimen de aportaciones y prestaciones aplicable” (art. 28.3, párrafo 2º RFPF). En suma, como se ha podido comprobar, el derecho de incorporación al plan se ostenta por el potencial partícipe desde el momento en que reúne las condiciones exigidas para ello, de modo que la materialización del mismo podrá tener lugar mientras perviva el plan de pensiones. Cuestión distinta es el contenido del plan al que se adscribe el potencial partícipe, el cuál podrá ser distinto al originalmente previsto.

Por último, cabe dar respuesta a una última cuestión, cuál es la de las consecuencias de una renuncia al plan que es fruto de la transformación de una medida de previsión preexistente con anterioridad en la empresa. La importancia de la misma estriba en la posibilidad de que el nuevo plan contemple el reconocimiento de derechos por servicios pasados para los empleados que pertenecieran al antiguo sistema y que continúen en activo en la entidad promotora a la fecha de formalización o modificación del plan de pensiones. En el caso en que se de este reconocimiento, el art. 9.1 RICP establece que los empleados no incorporados al plan “deberán haberse adherido al mismo en el plazo previsto a estos efectos por las especificaciones del plan, que no podrá ser superior a seis meses desde el momento de la formalización o modificación del citado plan”. De no producirse la adhesión, lo habitual será que se produzca la pérdida de todos los derechos que se deriven del sistema de previsión anterior.

Como se ve, las consecuencias de la no adhesión al plan son nefastas en este punto, lo que, como se comprobó en otro lugar, debería llevar a admitir que la incorporación al nuevo plan se pudiera producir directamente por el convenio o acuerdo de transformación, salvaguardando, en todo caso, un derecho de oposición individual para los sujetos afectados. Y es que se ha podido llamar la atención acerca de la contradicción que entrañaría el sometimiento de la adhesión al plan a un plazo determinado cuando se trate del reconocimiento de derechos por servicios pasados y la ausencia de límite temporal alguno para una incorporación general al plan. Pese a ello, y a las posibles diferencias en condiciones de participación y de vinculación que se produciría entre aquellos que sí tienen reconocidos derechos por servicios pasados al adherirse en el plazo señalado a tal efecto y aquellos otros que lo hicieron con posterioridad, pero sin el reconocimiento de los mencionados derechos, se ha considerado que esta situación no supone una contravención del principio de no discriminación, ya que el hecho de condicionar el reconocimiento de derechos anteriores obedece a una causa objetiva y razonable, aparte de estar prevista legalmente¹⁴⁸³. Tampoco la transición de un sistema de previsión a otro, en

¹⁴⁸³ “Si el Plan de Pensiones tenía una fecha de vigencia, y la Empresa se comprometió a la entrega de una cantidad de dinero en concepto de aportaciones en concepto de Derechos por Servicios pasados, era lógico, que en aquel momento se quisiera conocer cuantos trabajadores se habían adheridos o no al Plan con la finalidad de regular un Plan de reequilibrio, lo que era compatible con el art. 5 del Real Decreto

el que se reconoce a los trabajadores la opción entre conservar sus derechos anteriores y disfrutar de una aportación al plan o rescatar del antiguo sistema lo aportado al mismo por la empresa puede entrañar discriminación alguna “cuando la diferencia de trato se debe a una libre opción personal tomada exclusivamente con vistas a los propios intereses satisfechos en dos situaciones económicas distintas”¹⁴⁸⁴.

Por último, la renuncia a la integración en un plan de pensiones que es fruto de la transformación de una institución de previsión preexistente puede plantear igualmente la validez del acto de disposición individual de derechos reconocidos. En otras palabras, se plantea si los trabajadores que libremente prefieran adherirse al plan estarían llevando a cabo un acto de abdicación unilateral de derechos irrenunciables. En general, habría que entender que el acto de cese en un sistema de previsión anterior y de incorporación al nuevo plan no es realmente un acto de renuncia de derechos, sino el ejercicio de una facultad de libre elección entre dos opciones alternativas de beneficios o ventajas sociales englobados¹⁴⁸⁵.

2.5. El incumplimiento de la obligación de formalizar el plan

El último de los aspectos que debe ser tratado en este apartado es el de los efectos jurídicos que se derivan de la falta de formalización del plan de pensiones. En otros términos, se trata de comprobar cuál es el régimen de responsabilidades que resulta de un eventual incumplimiento del compromiso adquirido consistente en crear e implantar un sistema privado de pensiones. Pues bien, para valorar correctamente la responsabilidad que genera un incumplimiento de este tipo es necesario determinar previamente la naturaleza del compromiso adquirido y la manifestación concreta de la falta de formalización del plan. Sólo así se pueden precisar con exactitud las consecuencias jurídicas correspondientes.

Con respecto a la primera de las cuestiones enunciadas, habrá que distinguir, en primer lugar, entre los compromisos por pensiones contraídos en el ámbito de la negociación colectiva y las mejoras sociales derivadas de decisiones unilaterales del empresario, entre otras razones, por cuanto en el primer caso resulta obligado atender a la naturaleza de las cláusulas convencionales relativas a los planes de pensiones en punto a determinar si existe algún tipo de responsabilidad jurídica que se derive de su incumplimiento y en el segundo porque lo decisivo a estos efectos es la apreciación de su efectiva concesión. En cualquier caso, únicamente nos detendremos a exponer las responsabilidades que se derivan de la inobservancia de las obligaciones de previsión instituidas en el marco de la

1307/88. ...” [STS 10 junio 1996 (*AL* 1996, 1571)].

¹⁴⁸⁴ STS 30 septiembre 1993.

¹⁴⁸⁵ STS 17 enero 2001 (*J* 2001, 23). En la misma línea, STSJ Cataluña 13 abril 1999 (*AS* 1999, 1036).

negociación colectiva por ser éste el instrumento generalizado para su implantación.

Partiendo, por tanto, del ámbito del convenio colectivo, se antoja necesario determinar previamente el tipo de compromiso asumido por el empresario en sede convencional a los efectos de valorar que tipo de responsabilidades son aplicables en este asunto. De entrada, y sin perjuicio de lo que se dirá después con ocasión del tratamiento del sistema de garantías de los planes privados de pensiones, debe apreciarse primero si lo estipulado se encuadra entre las cláusulas obligacionales o entre las cláusulas normativas del convenio colectivo que recoge el compromiso. Se trata de un trámite previo necesario para determinar el régimen de responsabilidades correspondiente. Y así, en las primeras, se incluirían las obligaciones o compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, sin incidencia, al menos directa, en las relaciones individuales de trabajo. En las segundas, se integrarían tanto los pactos generales de carácter formal como los particulares reguladores de las condiciones de trabajo de los empresarios y trabajadores comprendidos en su ámbito¹⁴⁸⁶. En este caso, por tanto, los pactos o cláusulas son directamente aplicables a las relaciones establecidas entre los empresarios y los trabajadores incluidos en la respectiva unidad de negociación¹⁴⁸⁷.

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto, si se considera que lo acordado en convenio colectivo merece el calificativo de obligacional o de compromiso de carácter instrumental, como se ha definido, lo que ocurriría en aquellos supuestos planteados más arriba en los que únicamente se prevé la realización de un estudio previo de las condiciones necesarias para la correcta implantación del plan, no entrarían en juego, en este sentido, las responsabilidades laborales ni administrativas pertinentes. Las primeras, por cuanto no estaríamos ante una violación empresarial de las obligaciones o deberes que surgen del contrato de trabajo y, las segundas, por cuanto tampoco se consideraría la conducta del empresario que no insta la creación del plan como una infracción laboral *ex art. 5.1 LISOS*¹⁴⁸⁸. Ahora bien, dicho esto, ello no impediría que ante un eventual incumplimiento de la formalización del plan no se pudieran pedir responsabilidades (civil o patrimonial) por los trabajadores afectados o,

¹⁴⁸⁶ Se acoge en este punto la distinción ya clásica efectuada por la STS 21 diciembre 1994 (*RJ* 1994, 10346).

¹⁴⁸⁷ GARCÍA MURCIA, J.: “Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1988, p. 1292.

¹⁴⁸⁸ El citado precepto se refiere a las cláusulas normativas de los convenios colectivos. Por tanto, sólo este tipo de estipulaciones “constituyen el orden de referencia para las infracciones laborales sancionables...” [GARCÍA BLASCO, J.: “Comentario al artículo 5 del TRLISOS”, en VV. AA. (García Blasco, J. y Monereo Pérez, J. L. dirs. y Val Tena, A. L. de y Moreno Vida, M.ª N. coords.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, p. 105].

incluso, acudir a la vía legal del conflicto colectivo, si así se cree oportuno¹⁴⁸⁹.

Por el contrario, de reputarse lo comprometido en convenio como una cláusula normativa, lo que se producirá cuando exista un compromiso firme para la puesta en marcha del plan o se reconozca directamente su existencia, los efectos jurídicos asociados a la inobservancia de aquélla van a ser distintos a los previstos con anterioridad para las cláusulas de naturaleza obligacional. En este caso, y en la medida en que estamos ante un incumplimiento de las obligaciones o deberes que dimanen del contrato de trabajo, la primera y obvia consecuencia es la posible exigencia por parte de los trabajadores afectados del cumplimiento de la misma, mediante la reclamación ante la empresa, o por medio del ejercicio de las acciones judiciales oportunas. Además, la efectividad de aquélla se ve reforzada por los mecanismos de exigencia administrativa, puesto que su incumplimiento se considera “infracción laboral” a los efectos de intervención de la autoridad laboral (art. 5.1. LISOS). Ahora bien, decíamos con anterioridad que no sólo el tipo de compromiso resulta determinante a los efectos de esclarecer el régimen de responsabilidades aplicable, también en este caso, y al igual que respecto de lo comentado con ocasión del tratamiento del proceso de exteriorización, se hace necesario tener en cuenta el tipo de incumplimiento que tiene lugar, ya sea por una falta de formalización absoluta del plan o ya por una formalización insuficiente o defectuosa del mismo a la vista de lo comprometido en sede convencional.

Pues bien, en el caso de una inobservancia total del compromiso por pensiones asumido colectivamente se imponen las siguientes consideraciones. En primer lugar, que la responsabilidad del citado incumplimiento corresponderá al empresario, no sólo porque a éste se le encomienda iniciar el proceso de formalización a través de la elaboración del proyecto inicial del plan (art. 9.1 TRLPFP), sino también porque es él quién asume en los términos del convenio el compromiso de otorgar una serie de prestaciones. Por tanto, no se pondría defender en este caso una eventual desresponsabilización del empresario en este asunto a partir de la constitución de la comisión promotora, al ser este órgano el encargado de formalizar definitivamente el plan. En todo caso, de producirse un entorpecimiento del proceso, corresponderá aclarar las responsabilidades oportunas de su paralización.

¹⁴⁸⁹ En cualquier caso, hay que estar de acuerdo con SUÁREZ CORUJO cuando subraya las dificultades que se pueden plantear en el ejercicio de estas reclamaciones: de un lado, y en lo que se refiere a una eventual exigencia jurisdiccional del cumplimiento, “la diversidad de órganos que pueden ser encargados de llevar a cabo las tareas de análisis sobre la viabilidad del plan y de la dificultad de exigir el cumplimiento de una obligación de hacer con un contenido tan difuso”; de otro, y ante una reclamación de una indemnización económica por el perjuicio causado, “el hecho de que frecuentemente no se establece ningún plazo para la satisfacción del compromiso, de tal modo que no habría lugar a la demanda de responsabilidad hasta la expiración del convenio, momento a partir del cual la cláusula pierde valor impidiendo así cualquier reclamación” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 181-182).

En segundo lugar, el momento a partir del cuál se puede considerar incumplida la obligación de formalización del plan dependerá de la fecha prevista en el convenio para materializar aquélla o de no existir ninguna habrá que estar a la duración de la norma colectiva. Ahora bien, en el último caso habrá que tener en cuenta la posibilidad de que el compromiso de creación del plan se prorrogue en el tiempo mediante la existencia de un acuerdo en tal sentido que posibilite la continuidad de aquél, pese a que el convenio haya llegado a su término y haya sido objeto de denuncia o bien, como alternativa, que no exista tal pacto, lo que supone que por mandato legal *ex art. 86.3 ET* se mantenga en vigor el contenido normativo del convenio en el que, como se recordará, se incluye la obligación de instrumentación del plan.

Otra de las formas de incumplimiento a la que hemos aludido puede no consistir en una falta de formalización del plan, sino más bien en una inadecuada correspondencia entre lo prevenido en la fuente de implantación (convenio) y el plan adoptado. Estaríamos, por tanto, ante el supuesto de un incumplimiento parcial o defectuoso de lo previsto en la fuente de regulación de los compromisos por pensiones. Sobre esta situación ya se insistió suficientemente con ocasión del estudio de la obligación empresarial de exteriorizar. Se comentó en aquél momento que la exigencia de la instrumentación de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas con sus trabajadores a través de un plan y/o un contrato de seguro suscitaba una duda interpretativa. Y es que conforme a la disp. adic. 1ª, párrafo 1º TRLPFP y al art. 3.1 RICP parecía que el cumplimiento de la obligación de exteriorización finalizaba desde el mismo instante en que se formalizaba el plan, de modo que la obligación y responsabilidad de las empresas por los compromisos por pensiones negociados colectivamente debía circunscribirse a lo establecido en aquél, sin importar el grado de adecuación entre el plan y la fuente de regulación de los citados compromisos. En definitiva, una vez efectuada la externalización, la responsabilidad de las empresas se debía limitar a lo estrictamente estipulado en el plan.

Sin embargo, y pese a lo comentado, no era éste el sentido que había que dar a lo previsto en los preceptos citados. Se defendía en aquel momento que tan sólo cuando existiera una correcta instrumentación, cualitativa y cuantitativa, de los compromisos por pensiones, la obligación y responsabilidad imputables por los referidos compromisos por pensiones pactados con el personal podría circunscribirse, exclusivamente, a los asumidos en dichos contratos de seguro y planes de pensiones. Por el contrario, de existir una inadecuación entre los compromisos pactados y lo estipulado en el plan o en el contrato de seguro, surgían las responsabilidades correspondientes por aquellos a los que no se dio cobertura o de los que se hizo de forma defectuosa.

Como se recordará, se insistía también en aquél momento, lo que vale para este asunto igualmente, que la responsabilidad última de la falta de adecuación entre lo comprometido en el convenio y lo acordado en el plan correspondía al empresario, y ello pese a que la formalización jurídico-definitiva del plan no correspondiese *strictu sensu* a aquél sino a la comisión promotora del plan (art. 9.2 TRLPFP). Se consideraba que siendo este órgano, con representación del promotor o promotores y de los trabajadores o potenciales partícipes (art. 9.1 TRLPFP), el encargado de adoptar los acuerdos que estime oportunos para ultimar y ejecutar el contenido del proyecto no parecía que debiese ser el empresario quién asumiera la responsabilidad de una formalización defectuosa o parcial. Lo mismo cabía decir cuando fuera el órgano de supervisión del plan, esto es, la comisión de control, la que introdujese modificaciones posteriores en el sistema de previsión adoptado. Ello llevaba a sostener para estos supuestos que la falta de formalización adecuada del plan por no recoger adecuadamente lo prevenido en el convenio colectivo debía dar lugar a una atribución de responsabilidad distinta de la que tradicionalmente había operado con el contrato de seguro colectivo laboral en el que la diferencia entre lo comprometido en el convenio y lo efectivamente contratado con la compañía aseguradora debía ser asumido por la empresa¹⁴⁹⁰.

Pese a estas consideraciones, se defendía en su momento otra postura, que debe hacerse explícita de nuevo. Y así, se consideraba que siendo el empresario quién asume de forma colectiva unos compromisos por pensiones, resultan indiferentes los aspectos institucionales propios de cada uno de los mecanismos de previsión citados –plan o seguro-. Lo determinante a estos efectos es la obligación adquirida por el empresario en el marco convencional, lo que exige de éste la adopción de las cautelas necesarias para que el instrumento elegido se adecue a lo previsto en la fuente de definición de los derechos de previsión. Es, por tanto, el empleador quién debe asegurarse que dicha correspondencia existe, al ser él quién asumió la materialización de dichos compromisos, independientemente de los cauces previstos para ello en cada uno de los mecanismos de exteriorización, en este caso en un plan del sistema de empleo. Por tanto, se impone una total adecuación de lo prevenido en el plan y lo establecido en la fuente de regulación de los compromisos por pensiones. De no producirse ésta, será el empresario el responsable directo de dicho incumplimiento, sin perjuicio de que éste pueda posteriormente demostrar otra cosa.

¹⁴⁹⁰ Considera SUÁREZ CORUJO que no es posible una aplicación analógica de la doctrina sobre el aseguramiento insuficiente del contrato de seguro colectivo, dado que “aunque el papel del empleador en la puesta en marcha de un plan de pensiones es muy relevante, ciertamente el sujeto encargado de la formalización no es él, sino la así denominada comisión promotora del plan de pensiones...” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 187-188).

VI. EL CONTENIDO DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: EL RÉGIMEN GENERAL DE APORTACIONES, CONTINGENCIAS Y PRESTACIONES

La formalización jurídica de un plan de pensiones conlleva necesariamente la definición de una serie de aspectos básicos a los que alude el art. 6 TRLPFP al referirse al contenido de las especificaciones del plan. De entre ellos destaca como fundamental el conjunto de las obligaciones y derechos económicos de los sujetos implicados en el mismo. Y es que todo plan de pensiones exige del establecimiento de unas aportaciones y unas prestaciones, de acuerdo con el sistema y la modalidad en que se inscriba el plan y en función de las condiciones contractuales previstas en éste (art. 17.1 RFPF).

Por tanto, el núcleo básico de todo plan de pensiones está constituido por el deber de aportar, que puede corresponder al partícipe y/o al promotor según el plan, y el derecho a la prestación¹⁴⁹¹, de modo que las aportaciones realizadas por cada partícipe, directas o imputadas, determinarán sus derechos consolidados, de acuerdo con el régimen financiero-actuarial de cada plan y éstos últimos a su vez servirán para cuantificar las prestaciones cuando se materialicen las contingencias objeto de cobertura. En definitiva, se deduce de este esquema un principio de correlación entre las aportaciones realizadas por los partícipes y por el promotor –en el caso de los planes de pensiones del sistema de empleo- y las prestaciones a percibir por los beneficiarios¹⁴⁹². Pues bien, al estudio en profundidad de cada uno de los elementos implicados –aportaciones, derechos consolidados, contingencias y prestaciones- nos dedicaremos a continuación.

1. Las aportaciones y contribuciones al plan

En general, y para todo tipo de planes, se considera como aportaciones las sumas de dinero que los partícipes o, en su caso, el promotor ingresan en la cuenta de posición del plan en el fondo respectivo de conformidad con sus especificaciones¹⁴⁹³. Hablamos, por tanto, de cantidades satisfechas por parte de los sujetos constituyentes en cumplimiento del contenido de las especificaciones de un plan de pensiones¹⁴⁹⁴. Esta referencia a las aportaciones como vehículo de financiación del plan no impide tener en cuenta la nueva diferenciación terminológica que se ha venido a consagrar entre contribuciones, realizadas por el empresario, y aportaciones, efectuadas por los partícipes [art. 5.1.b), párrafo 2º RFPF]¹⁴⁹⁵, distinción

¹⁴⁹¹ MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁴⁹² TAPIA HERMIDA, A.: *Manual de Derecho de seguros...*, *op. cit.*, p. 303.

¹⁴⁹³ *Ibidem*, p. 271.

¹⁴⁹⁴ ALONSO MURILLO, F.: *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 28.

¹⁴⁹⁵ SUÁREZ CORUJO, B.: “RD 304/2004, de 20 febrero, por el que se aprueba...”, *op. cit.*, pp. 103-104.

que se podía deducir con anterioridad a la aprobación del RFPF (RD 304/2004) de la previsión contenida en el art. 8.3 TRLFPF. De este modo, se pretendería asimilar el término de aportación únicamente a las cantidades satisfechas por el partícipe, lo que significaría que ya no resultaría apropiada la distinción que se venía realizando entre aportación directa, que era la que realizaba personalmente el partícipe, y la aportación imputada, que era la que llevaba a cabo el promotor en favor de aquél. Por tanto, el empresario promotor de un plan ya no realiza aportaciones en la nueva terminología adoptada sino contribuciones¹⁴⁹⁶.

En lo que se refiere al análisis de las aportaciones y contribuciones se pretende en los próximos capítulos prestar atención a los siguientes aspectos de su régimen jurídico. En primer lugar, resulta obligado proceder al estudio más específico de los sujetos aportantes en los planes del sistema de empleo. Las peculiaridades que este tipo de planes presenta en este punto aconsejan su tratamiento más detenido, especialmente por lo que se refiere a la existencia de un deber de contribución del promotor. En segundo lugar, habrá que dar respuesta a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica que cabe otorgar a las contribuciones del promotor y las aportaciones de los partícipes, lo que nos llevará a plantearnos su consideración salarial o extrasalarial. En tercer lugar, habrá que hacer referencia a la tipología que pueden presentar las aportaciones y contribuciones en función de diversas circunstancias (modalidad del plan, periodicidad de las aportaciones, etc.). En cuarto lugar, habrá que realizar un análisis detenido de las implicaciones que tanto una eventual diferenciación de aportaciones como el establecimiento de subplanes pueden tener con respecto al cumplimiento de las exigencias impuestas por el principio de no discriminación. Para finalizar, resulta oportuno realizar unos breves comentarios con respecto al límite máximo de aportaciones fijado legalmente.

1.1. Los sujetos aportantes: el deber de contribución del promotor como rasgo estructural de los planes profesionales

Los sujetos que, de forma general, participan en la financiación de un plan de pensiones son la entidad promotora y los partícipes. A ello se refiere el art. 8.3 TRLFPF cuando afirma que “las contribuciones o aportaciones se realizarán por el promotor o promotores y por los partícipes, respectivamente, en los casos y forma que, de conformidad con la presente Ley, establezca el respectivo plan de pensiones (...)”. La importancia de esta aseveración estriba en el hecho de remarcar una cuestión esencial, a saber, que tanto promotores como partícipes son los

¹⁴⁹⁶ Pese a ello, la normativa no acaba de desprenderse de la terminología anterior, por lo que unas veces habla de contribuciones y otras de aportaciones imputadas. En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: “Planes de pensiones del sistema...”, *op. cit.*, p. 397.

únicos que pueden asumir la carga financiera del sistema complementario adoptado, ya que se impide la admisión de aportaciones o contribuciones que se realicen por entidades o personas distintas de los elementos personales mencionados (art. 5.2 RFPF). Por tanto, tan sólo promotores y partícipes serán quienes puedan realizar contribuciones y aportaciones.

Dicho esto, que por lo demás resulta aplicable a cualquier tipo de planes, conviene analizar más detenidamente las peculiaridades que presenta la financiación de un plan de pensiones del sistema de empleo y el papel que asumen el promotor y los partícipes en este punto. Con respecto al promotor, interesa subrayar varios aspectos fundamentales de su participación en el sostenimiento financiero del plan del sistema de empleo. De entrada, resulta obligado preguntarse acerca de la posibilidad de contemplar las contribuciones empresariales como un deber y no como una mera facultad. En segundo lugar, habrá que referirse a la especial consideración que merece su participación en la financiación de planes promovidos en el marco de las Administraciones Públicas. Y, en tercer lugar, resulta conveniente dar respuesta a una cuestión que en la práctica parece encontrar algún ejemplo, en concreto, se trata de considerar como admisibles o no las aportaciones de los empresarios a favor de los empleados que han contratado planes individuales. Con respecto a los partícipes, destacaremos otros tantos aspectos relacionados con su eventual participación en la financiación del plan: el primero, relativo a la posibilidad de que el plan contemple un deber de aportación referido al partícipe y, el segundo, en el que se tratará la posible admisión de un plan de pensiones que establezca como único modo de financiación las aportaciones económicas de aquéllos.

A) El deber de contribución del promotor en la financiación del plan

Como ya dijimos con anterioridad, una de las características de los planes de pensiones del sistema de empleo era la participación del promotor en su financiación. El art. 5.1.b) RFPF se refiere a esta cuestión al indicar que únicamente podrá realizar contribuciones “el promotor de un plan del sistema de empleo, a favor de sus empleados partícipes, asumiendo estos últimos la titularidad sobre la aportación imputada”. Por tanto, esta posibilidad de que el promotor pueda contribuir económicamente a un plan queda relegada necesariamente a los planes de pensiones de base profesional, descartándose en el resto de modalidades de planes. Es más, esta singularidad que presentan los planes del sistema de empleo en atención a la figura del promotor se reitera igualmente en otro aspecto de éste. En concreto, se trata del reconocimiento de una facultad de efectuar aportaciones propias a los empresarios individuales que, siendo promotores de planes del sistema de empleo, realicen contribuciones empresariales a favor de sus trabajadores [art. 5.1.b) RFPF].

Ahora bien, una vez confirmado el hecho de que las contribuciones que un promotor pueda efectuar a un plan de pensiones se vinculan a los de la modalidad de empleo, conviene preguntarnos acerca de la posibilidad de que esta participación económica devenga obligatoria desde el punto de vista legal. Y así, una interpretación apegada al tenor literal del art. 5.1.b) RPPF podría llevarnos a aceptar que la aportación económica a un plan es más una facultad que un deber¹⁴⁹⁷. Los términos en los que se expresa la norma –“podrán realizar”- respaldarían la exégesis apuntada a favor de considerar que el promotor puede instar la creación del plan y participar en su desenvolvimiento sin asumir necesariamente carga financiera alguna. De hecho, no hay en toda la normativa de los planes de pensiones una declaración expresa a favor de la obligatoriedad de la realización de contribuciones por parte de la entidad promotora. Cabría pensar, por tanto, que el legislador no impone una participación del promotor que implique forzosamente un deber de contribución¹⁴⁹⁸. Otra cuestión será que la asunción de algún tipo de carga financiera resulte preceptiva finalmente porque así lo hayan dispuesto las especificaciones del plan.

Sin embargo, no parece que esta sea una posición defendible en atención a la función económico-social que el promotor cumple en este tipo planes¹⁴⁹⁹ ni, por supuesto, en base al modo en que son tratadas las contribuciones empresariales en el conjunto de la normativa de los planes de pensiones. A nuestro juicio, el papel del promotor en el ámbito de los planes del sistema de empleo no se entiende que pueda quedar relegado únicamente al de su puesta en marcha y al de participar en su control y desarrollo a través de la representación que ostenta en la comisión de control, dejando que sean los partícipes los que se encarguen en exclusiva de su financiación. Al contrario, cabe pensar que la promoción de un plan en el ámbito empresarial se inscribe en el conjunto de medidas de protección social complementaria que la empresa está interesada en desarrollar al objeto de atender los intereses de previsión de sus empleados. Por tanto, parece inevitable considerar que las contribuciones empresariales se hacen imprescindibles en el marco laboral en que se inscriben estos planes, ya que de no ser así se produciría una asimilación entre la

¹⁴⁹⁷ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 316-317.

¹⁴⁹⁸ Para REGUERO CELADA, de un recorrido general del articulado de la LPPF, en su versión primitiva, no se podía deducir la existencia de “una obligación del promotor de realizar aportaciones al plan de pensiones que él mismo promueva en la empresa o entidad de la cual es titular. Ni del análisis del art. 2.1 a) de la LPPF, en relación con el art. 5 de la misma norma, se desprende para nada esta obligación que vincule al promotor, ya que es posible, y la Ley no se opone a ello, el que cualquier promotor de un Plan del sistema de empleo “inste a su creación o participe en su desenvolvimiento”, sin que en su caso el término “participación” signifique, necesariamente, hacer aportaciones obligatorias al Plan de Pensiones, fuera o no la intención del legislador del momento, nada impide una opinión diferente a tenor de que la participación del promotor en un plan de esta modalidad pueda limitarse a la organización y funcionamiento del mismo, sin perjuicio del cometido atribuido a la Comisión de Control del Plan, donde también contará con representación” (“Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 259).

¹⁴⁹⁹ TIRADO SUÁREZ, F. J.: “Posición jurídica de los...”, *op. cit.*, p. 97.

modalidad del sistema de empleo y la modalidad del sistema asociado¹⁵⁰⁰. Pero además, la configuración de un deber legal de contribución del promotor en los planes profesionales se deduce del contenido de algunos preceptos de la normativa de los planes. Así, de forma indirecta, de los arts. 3.1.b) TRLPFP y 2.2.b) RPPF, al prever la posibilidad de que los partícipes no realicen aportaciones y del art. 4.2.b) TRLPFP, al señalar que los planes de aportación definida son aquellos en los que el objeto definido es la cuantía de las contribuciones de los promotores y, en su caso, de los partícipes. En suma, se ha de considerar que en los planes objeto de nuestra atención las contribuciones del promotor son configuradas como un deber ya que este aspecto se erige en un rasgo estructural de los citados planes de previsión empresarial¹⁵⁰¹. Tengase en cuenta, además, que a partir de este elemento característico de los planes del sistema de empleo podemos establecer una neta diferenciación de éstos con otro tipo de fórmulas de claro signo individualizador y en los que el papel del empleador se circunscribe únicamente a posibilitar la formación de un ahorro individual por parte de sus trabajadores extraído normalmente de sus salarios¹⁵⁰².

Por otra parte, otra cuestión que apuntábamos con anterioridad y que exige en estos momentos de la realización de algún comentario es la relativa a la participación del promotor en la financiación de planes creados en el ámbito del sector público. Así, la previsión que recoge en la actualidad la disp. final 2ª TRLPFP en la que se señala que el promotor de este tipo de planes va a poder realizar aportaciones a los mismos con recursos públicos supone eliminar definitivamente una de las más importantes limitaciones que la instauración de planes de pensiones en el sector público encontraba. En efecto, la disp. adic. 48ª de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 1986¹⁵⁰³ permitía que los Organismos y Administraciones Públicas, así

¹⁵⁰⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 496. En la misma línea, ROMERO BURILLO, A. M.ª: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 317 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 309.

¹⁵⁰¹ Sobre este aspecto, *vid.* SAN 13 julio 2005 (*AS* 2006, 2676).

¹⁵⁰² Nos referimos a aquellas otras medidas de ahorro-previsión o de ahorro-salarial que proliferan especialmente en países como Estados Unidos y normalmente en las pequeñas y medianas empresas y que se caracterizan por una gran flexibilidad en cuanto a su configuración, destacándose entre otros caracteres la amplia libertad de que dispone el empleador-promotor para participar financieramente en aquéllas. Así, se trataría de instrumentos no necesariamente colectivos y no ligados estrictamente a un fin de previsión frente a los tradicionales planes privados de pensiones. Un análisis de estos mecanismos se puede encontrar en APROBERTS, L.: *Les Retraités aux États-Unis. Sécurité sociale et fonds de pension*, La Dispute, 2000. Asimismo, sobre una de las modalidades de ahorro más extendidas en Estados Unidos en el ámbito empresarial, esto es, los planes 401 (k) *vid.* MUNNELL, A. H. y SUNDEN, A.: *Comming Up Short. The challenge of 401 (k) plans*, Washington. D. C., Brookings Institution Press, 2004. En esta línea de claro impulso a fórmulas flexibles de ahorro bajo el método de capitalización, el ordenamiento francés ha dado un paso hacia delante en favor del desarrollo de dispositivos de carácter facultativo en el marco empresarial a través de la creación de los Planes de Ahorro-Previsión (PERP y PERCO). *Vid.* sobre éstos DUPEYROUX, J. J.: *Droit de la...*, *op. cit.*, pp. 1104-1106 y BARTHÉLÉMY, J.: “Réforme des retraites et protection sociale complémentaire”, *Droit Social*, núm. 11, 2003, pp. 973-974.

¹⁵⁰³ BOE 28 diciembre 1985.

como las empresas de capital mayoritariamente público constituyeran sistemas de previsión social distintos o complementarios a la Seguridad Social obligatoria, si bien estableció que los mismos únicamente podían financiarse con las aportaciones o cuotas de sus beneficiarios o con cualquier otro ingreso de derecho privado. De esta forma, se establecía claramente una prohibición de financiar dichos sistemas con recursos o ingresos de derecho público. Además, el hecho de que esta medida permaneciera en vigor con carácter permanente, en contra del carácter anual de las normas presupuestarias, hacía difícil un cambio de orientación claramente favorecedor de la implantación de medidas de previsión complementarias en el sector público. De hecho, tampoco la aprobación de la Ley 8/1987, de 8 de junio resolvió esta cuestión al reconocer únicamente que los Organismos a que se refería la disp. adic. 48ª de la Ley 46/1985 iban a poder promover planes y fondos de pensiones, pero en modo alguno aclaraba si dejaba de tener vigencia la prohibición de financiarlos con recursos públicos. Finalmente, será la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988¹⁵⁰⁴ quien en su art. 63.2 de el primer paso para la eliminación de esta restricción al establecer que “(...) los planes y fondos de pensiones que, al amparo de lo dispuesto en la disposición final segunda de la Ley 8/1987, de 8 de junio, pudieran haber promovido los organismos y entidades públicas (...), se regularán por su legislación específica a efectos de las condiciones aplicables a su financiación con cargo a recursos públicos”. La desvinculación en este punto del contenido de las leyes presupuestarias se ve confirmada definitivamente con la aclaración propiciada por la reforma introducida por la LOSSP (Ley 30/1995) que menciona expresamente la facultad de los promotores de planes en el sector público de “realizar contribuciones a los mismos, en los términos previstos en la presente Ley y desde su promulgación” (aptdo. 23º, disp. adic. 11ª LOSSP).

En la actualidad, tal y como se ha remarcado, la disp. final 2ª TRLPFP, que recoge de forma íntegra la modificación introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de reforma del sistema financiero (disp. adic. 5ª), da un respaldo definitivo a la supresión de las limitaciones presupuestarias en este punto y autoriza la realización de aportaciones en el marco de los planes promovidos en el sector público. Ahora bien, esa eventual participación financiera del promotor a través de la dotación al plan con ingresos de derecho público exige necesariamente, conforme al párrafo 2º de la disp. final 2ª TRLPFP, de la habilitación presupuestaria correspondiente, así como de las posibles autorizaciones previas a las que pudiesen estar sometidas tales aportaciones tanto de carácter normativo como administrativo. Por ello, habrá que estar siempre a lo dispuesto por

¹⁵⁰⁴ BOE 24 diciembre 1987.

las normas presupuestarias y contables en punto a la determinación concreta de la carga financiera asumida por el promotor en el plan. Valga de ejemplo para este caso lo dispuesto por el aptdo. 3º del art. 19 de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005¹⁵⁰⁵ en el que se prevé para todo el sector público la posibilidad de destinar “hasta un 0,5 por 100 de la masa salarial a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la disposición final segunda del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones”. En definitiva, las aportaciones dinerarias que cada Administración, organismo o entidad pública empresarial deba realizar al plan de pensiones habrán de contar con el respaldo presupuestario o la autorización previa correspondiente¹⁵⁰⁶.

Finalmente, hay que tener en cuenta un aspecto de especial trascendencia que podía hacer inviable la implantación de planes en el sector público, pese a la posibilidad de la realización de aportaciones (con recursos públicos) por parte de las entidades promotoras. En concreto, nos referimos a la consideración de que las prestaciones abonadas a través de planes de pensiones no se consideren pensiones públicas ni se computen a efectos de limitación del señalamiento inicial o fijación de la cuantía máxima de las pensiones públicas (disp. final 2ª, párrafo 3º TRLPFP). Esta previsión resulta fundamental, como ya se dijo en otro lugar, dado que supone, igualmente, la supresión de una importante limitación al desarrollo de la previsión social voluntaria en el ámbito del sector público. De integrarse las prestaciones dispensadas por los planes en el conjunto de las pensiones públicas que deben considerarse afectadas por la prohibición de concurrencia y por la aplicación de los topes máximos, se estaría imposibilitando en la práctica el desarrollo de este tipo de medidas¹⁵⁰⁷. Por ello, y en coherencia con el levantamiento de la prohibición de financiar los planes de pensiones con recursos públicos, fue modificada para este caso la regla general de la concurrencia con la promulgación del RD 1425/2002, de

¹⁵⁰⁵ BOE 28 diciembre 2004.

¹⁵⁰⁶ Como ha indicado la STC 139/2005, 26 mayo “las Administraciones públicas vienen obligadas, en todo caso, a atemperar sus actuaciones en esta materia a las reglas ordenadoras de sus respectivos presupuestos” (FJ 4). En realidad, la necesidad de que dichas aportaciones deban incluirse en el presupuesto público correspondiente debe relacionarse con la propia definición y finalidad de este instrumento contable, ya que el presupuesto se configura como una estimación anticipada que realiza el ente o administración pública de los gastos y de los ingresos que se consideran necesarios para cumplir con los propósitos establecidos (VV. AA.: *Previsión Social para las Administraciones...*, op. cit., p. 223).

¹⁵⁰⁷ Resultaba muy probable que las prestaciones que podía recibir un empleado derivadas de técnicas protectoras de carácter adicional o complementaria que tenían la consideración de pensiones públicas supusieran una reducción de la prestación adicional generada e incluso su no percepción si la pensión que se iba a recibir del sistema de la Seguridad Social ya alcanzaba o superaba el tope máximo fijado por la Ley (ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 321).

27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2003¹⁵⁰⁸. Y así, su art. 8 señala que no tendrán la consideración de pensiones públicas, las abonadas por las Administraciones públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las Entidades, Organismos de ellas dependientes o empresas participadas por las mismas, a través de planes de empleo o por medio de contratos de seguros colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial (...).

Finalmente, cabe referirse a la posibilidad de que la participación del empresario en el sostenimiento financiero del plan no tenga lugar en el marco de los planes del sistema de empleo sino en los del sistema individual. En otras palabras, se trataría de abordar la validez de las contribuciones empresariales a planes de pensiones individuales suscritos por sus empleados. Estamos ante una opción que cuenta con algún ejemplo en la realidad¹⁵⁰⁹ y que consiste básicamente en la asunción del empresario del compromiso de financiar la participación de sus empleados en planes de pensiones personales que éstos hayan contratado con entidades financieras. La posible admisibilidad de este supuesto se sustentaría sobre la base del art. 5.2 RFPF que permite una mediación en el pago de las aportaciones directas del partícipe, de modo que se consideraría lícito que el empresario pudiera pactar con unos empleados el que determinadas cantidades de la nómina se ingresaran directamente por él en un plan de pensiones del sistema individual¹⁵¹⁰. En tales casos, el empleador no es el promotor del plan sino que se limita a actuar como una entidad intermediaria en el pago de las aportaciones de los partícipes, los únicos que pueden efectuar aportaciones a los planes del sistema individual¹⁵¹¹. Además, se considera que en estos supuestos no se altera la naturaleza de las cantidades satisfechas por la empresa en concepto de aportación de los trabajadores a los planes individuales, de modo que para los empleados tendrían la consideración de rendimientos íntegros del trabajo y para la empresa de partida deducible en concepto de salarios del personal¹⁵¹².

¹⁵⁰⁸ BOE 31 diciembre 2002.

¹⁵⁰⁹ En concreto, el Capítulo IX dedicado a los Sistemas complementarios de previsión del *Convenio Colectivo de la empresa Saint-Gobain Cristalería, S. A.* (BOE 25 octubre 2005) contempla que durante la vigencia del convenio y con cargo a la Empresa se realizará al Plan de Pensiones Individual una aportación anual por cuenta y en beneficio de cada uno de los trabajadores adheridos al mismo. Por su parte, el *I Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y los Tripulantes de Cabina de Pasajeros* (BOE 29 junio 2005) señala que en el caso de que excepcionalmente el trabajador opte por tener un plan de pensiones distinto al de la empresa, ésta le abonará las mismas cantidades comprometidas al efecto de contribuir al mismo.

¹⁵¹⁰ MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 82.

¹⁵¹¹ ALONSO MURILLO, F.: *Los sistemas privados de pensiones...*, op. cit., p. 38.

¹⁵¹² Así, se ha considerado en sendas Resoluciones de la Dirección General de Tributos de 17 y 19 de febrero de 1998.

Sin embargo, a nuestro juicio, no cabe estar de acuerdo con la admisión de un pacto de financiación en los términos apuntados. Entendemos que existen suficientes argumentos como para hacer inviable, desde el punto de vista legal, esta opción de participación del empresario en la financiación de planes del sistema individual que contraten sus empleados. Por lo pronto, hay que subrayar que de aceptar aquella posibilidad tendría lugar una contradicción con lo dispuesto por el propio art. 5.1, a) y b) RPPF que reconoce en los partícipes a los únicos sujetos que pueden realizar aportaciones a los planes individuales, mientras que el promotor únicamente contribuye a los planes del sistema de empleo¹⁵¹³. El hecho de que el empresario no actúe como promotor poco importa a estos efectos si se acredita su participación en la financiación del plan individual suscrito por el empleado. Son los partícipes los únicos que pueden asumir la carga financiera de este tipo de planes. Pero, además, de admitirse un pacto de aquéllas características se podría producir una vulneración del principio de no discriminación previsto en el art. 5.1.a) TRLPPF, dado que podría llegar a entenderse que el empresario optó por esa vía para eludir el cumplimiento de aquél¹⁵¹⁴. De hecho, lo normal será que, en tales circunstancias, el empresario únicamente realice aportaciones para un grupo específico de trabajadores.

B) La participación del partícipe en la financiación del plan

El hecho de que, con anterioridad, hayamos aceptado la existencia de un deber legal de contribución del promotor de un plan del sistema de empleo, el cuál se deducía indirectamente del conjunto del articulado de la normativa de los planes de pensiones, pero también de la función económico-social atribuida a aquél en esta modalidad de planes, nos debe llevar a preguntarnos si cabe decir lo mismo de los partícipes de un plan de este tipo. La respuesta a esta cuestión debe partir del análisis, de nuevo, del art. 5.1 RPPF. Así, la letra a) de este precepto otorga a los partícipes la facultad de realizar aportaciones “cualquiera que sea el sistema del plan”, pero, a renglón seguido, como ya se comentó, se autoriza únicamente la realización de contribuciones por parte de los promotores de un plan del sistema de empleo [letra b)]. Como se ve, para deducir el modelo de intervención –obligatorio u opcional- del partícipe en la financiación de un plan del sistema de empleo hay que recurrir al estudio conjunto de ambos apartados, dado que si nos fijáramos únicamente en el primero de ellos concluiríamos que los partícipes en general no están obligados a realizar aportaciones.

¹⁵¹³ En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 134-135.

¹⁵¹⁴ ALONSO MURILLO, F.: *Los sistemas privados de pensiones...*, op. cit., p. 39.

Sin embargo, como se puede comprobar fácilmente, esto no es así, ya que si conforme a la letra b) del art. 5.1 RFPF las únicas aportaciones que pueden darse en los planes individuales y asociativos son la de los partícipes, cabe pensar, por tanto, que su participación en la financiación de estas medidas de previsión no puede ser considerada como facultativa, sino más bien habría de calificarse como de imprescindible, al no ser posible la participación financiera del promotor. A sensu contrario, y para el caso de los planes del sistema de empleo, sí se podría mantener como opcional la participación de los partícipes en la financiación del plan, al reconocerse expresamente que el promotor de este tipo de planes puede realizar contribuciones, además de constatarse indirectamente un deber de contribución del mismo. Por tanto, hay que considerar que la realización de aportaciones por parte de los partícipes a un plan de pensiones de este tipo no resulta necesaria para la constitución de esta técnica de previsión social¹⁵¹⁵. Su participación en la financiación de un plan del sistema de empleo va a ser simplemente una posibilidad. Por el contrario, en el resto de modalidades resulta inevitable que los partícipes intervengan en el sostenimiento financiero del plan, dado que en los mismos se imposibilita la existencia de contribuciones del promotor. Ahora bien, el hecho de que, desde el punto de vista legal, no se pueda deducir una participación obligatoria del partícipe en el sostenimiento financiero de un plan de pensiones del sistema de empleo, ello no es óbice para admitir que dicha contribución se exija finalmente porque así se haya dispuesto en la norma colectiva o fuente constitutiva del régimen complementario.

Precisamente, esta posibilidad de que las especificaciones del plan puedan imponer al partícipe un deber de contribución sugiere la realización de algunos comentarios adicionales que despejen las dudas interpretativas que se pueden suscitar como consecuencia del reconocimiento de aquella facultad. En primer lugar, hay que dejar claro, como ya se ha dicho, que un plan podría ser sostenido desde el punto de vista financiero únicamente a través de la participación del promotor, el cuál vendría obligado a realizar las contribuciones comprometidas en las especificaciones del plan¹⁵¹⁶. En segundo lugar, resultaría admisible igualmente la existencia de planes contributivos o de financiación conjunta en los que la obligación de realizar aportaciones recae tanto en la entidad promotora como en los partícipes¹⁵¹⁷.

¹⁵¹⁵ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 350.

¹⁵¹⁶ En la práctica, resulta bastante frecuente esta opción. Vid. arts. 26 y 27 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Promoción Conjunta de los trabajadores del Comercio de Flores y Plantas* (BOE 26 octubre 2005); art. 35.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Mahou* (23 febrero 2005); art. 24 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Administración General de Estado* (BOE 14 octubre 2004); y art. 22.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Personal de la Universitat Jaume I de Castelló* (9 noviembre 2004).

¹⁵¹⁷ Igualmente, existen ejemplos en la realidad. Vid., al respecto, entre otros, art. 30 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los Empleados de la Autoridad Portuaria de Melilla* (junio 2005); art. 20 del *Reglamento Plan de Empleo del Principado de Asturias* (9 noviembre 2005);

Ambos compartirían el deber de participar en el sostenimiento financiero del plan¹⁵¹⁸. Cuestión distinta sería el reparto de esa obligación de contribución y, por ende, de la proporción de la financiación que asumen ambos. De admitirse, como aquí se hace, que el promotor tiene la obligación de realizar contribuciones al plan, habría que pensar que no resultaría lícito un pacto que reflejara un desequilibrio manifiesto en el grado de participación de ambos sujetos, de modo tal que correspondiera al partícipe asumir una carga financiera desproporcionada en relación con la que le corresponde al promotor. En tercer lugar, y en coherencia con lo anterior, difícilmente se podría aceptar un plan del sistema de empleo en el que el deber de su financiación recayera en exclusiva en los partícipes, y ello porque, se insiste una vez más, en este tipo de planes la realización de aportaciones tiene carácter obligatorio para la entidad promotora. Resulta difícil, por tanto, admitir la posibilidad de que un plan de pensiones del sistema de empleo se pueda configurar como tal sin la contribución económica del promotor. La constitución de planes de estas características comportaría una desnaturalización de la modalidad del sistema de empleo, dado que sin la participación financiera de aquél resultaría más que difícil su diferenciación del resto de planes¹⁵¹⁹. Al mismo tiempo, tampoco sería admisible la posibilidad de que determinadas contingencias fueran objeto de financiación exclusiva a través de las contribuciones de los partícipes¹⁵²⁰.

Finalmente, cabe apuntar que el que existan planes en los que el partícipe esté obligado a contribuir económicamente no impide que en el mismo se prevea el que éste pueda realizar aportaciones voluntarias. Así, esta facultad –que también debe reconocerse para los planes no contributivos- permitiría a los partícipes aumentar las aportaciones directas y/o imputadas y, por tanto, incrementar el conjunto de sus derechos

Anexo D, Apto. 1.b) del *XII Convenio Colectivo de la empresa "Bridgestone Hispania, S.A." (delegaciones comerciales)* (BOE 4 octubre 2004); Anexo II, Apto. 1.1 del *XXI Convenio Colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, S. A.* (BOE 26 agosto 2005); art. 54 del *Convenio Colectivo de las empresas Eads Casa, Airbus España S.L. y Eads Casa Espacio* (BOE 8 agosto 2005); art. 37 del *Convenio Colectivo Provincial del Sector de las Industrias del Aceite y sus Derivados de Córdoba* (BOPC 15 julio 2004); y arts. 21 y 22 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Logista, S.A.* (BOE 11 febrero 2004).

¹⁵¹⁸ La tendencia generalizada en los países de nuestro entorno a favor de la instauración de planes de cotización definida o, incluso, de la transformación de los de prestación definida ha favorecido, igualmente, una redistribución de las cargas financieras de dichos mecanismos de previsión. Un ejemplo de esta reorientación se encuentra en Alemania, donde se ha comprobado que si con anterioridad los sistemas tradicionales de pensiones de empresas estaban financiados exclusivamente por los empresarios, en la actualidad las nuevas opciones de conversión del salario en ahorro de previsión están favoreciendo un mayor grado de implicación en la participación financiera de dichas medidas entre los asalariados. *Vid. VEIL, M.: "Allemagne. Les nouveaux habits de la retraite d'entreprise", Chronique internationale de l'IRES*, núm. 94, 2005, p. 48.

¹⁵¹⁹ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 351.

¹⁵²⁰ Extrañamente, tal posibilidad se reconoce en el art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco de Sabadell* (2 Marzo 1999) para la cobertura de la contingencia de jubilación de uno de los colectivos objeto de protección.

consolidados. En todo caso, como se verá más adelante, la posibilidad de realizar aportaciones voluntarias por los partícipes va a contar con una doble limitación: de carácter legal, a tenor de lo dispuesto por el art. 5.3.a) TRLPFP, en cuanto a las aportaciones anuales máximas a los planes de pensiones, lo que implica que en el supuesto de planes en los que exista un deber de financiación conjunta la posibilidad de incrementar las contribuciones del partícipe estará supeditada a que con las aportaciones obligatorias no se alcance el mencionado límite y, en su caso, convencional, si el acuerdo colectivo de previsión origen del plan condiciona o impide la realización de aportaciones de carácter voluntario.

1.2. La naturaleza jurídica de las contribuciones empresariales y de las aportaciones personales de los partícipes

Lo primero que hay que decir con respecto al estudio de la naturaleza jurídica de las contribuciones del promotor y de las aportaciones del partícipe a un plan de pensiones del sistema de empleo es que, ciertamente, estamos ante una cuestión de una complejidad realmente estimable¹⁵²¹, de la que no han sido ajenos otros ordenamientos, señaladamente el caso italiano. Como se verá, existen probadas razones de índole normativa, jurisprudencial y puramente doctrinal como para que el analista de esta materia se pierda en la maraña de posiciones encontradas. Se entremezclan en este asunto dificultades de orden jurídico como de análisis económico del salario. Ahora bien, esta controversia únicamente resulta aplicable a las contribuciones empresariales, dado que ningún problema plantea las aportaciones personales de los partícipes. Por ello, teniendo en cuenta las dificultades de partida con las que contamos en el caso de las primeras, resulta oportuno realizar un análisis por separado de la participación financiera del promotor y del partícipe en el plan.

A) La naturaleza no salarial de la participación financiera del promotor en el plan

Con respecto al estudio de la calificación jurídica de las contribuciones del promotor al plan/fondo de pensiones, éste debe partir de los factores condicionantes que están en el origen de lo intrincado de esta materia. Así, resulta obligado ofrecer, en primer lugar, un análisis de las dificultades de todo orden que han existido con respecto a esta cuestión y que han imposibilitado la elaboración de una propuesta concluyente acerca de la naturaleza jurídica de las contribuciones empresariales al plan. En verdad, las posiciones enfrentadas en este asunto encuentran su causa en aquéllas. En segundo lugar, será el momento de abordar los intentos de la doctrina por ofrecer una solución jurídica a esta cuestión, por lo que se tratarán, en

¹⁵²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 259.

primer término, aquellas posturas que han defendido la reconducción de las contribuciones empresariales a la noción jurídica de salario *ex art. 26.1 ET*, para con posterioridad postular por nuestra parte su consideración extrasalarial como propuesta más coherente con la finalidad del plan.

a) Las dificultades para la elaboración de una propuesta concluyente acerca de la naturaleza jurídica de las contribuciones empresariales al plan

Tal y como se ha comentado, la inexistencia de una opinión doctrinal unánime en relación a la naturaleza jurídica de las contribuciones empresariales a un plan de pensiones denota la oscuridad que presenta esta cuestión. No en vano, los calificativos que la doctrina les ha otorgado – “supuestos fronterizos”¹⁵²², “dudosos”¹⁵²³ o “zonas grises”¹⁵²⁴ - con ocasión de su tratamiento en el marco del salario son lo suficientemente expresivos de su complejidad. Es por ello, que resulta oportuno desentrañar inicialmente los aspectos más problemáticos que esta cuestión ha presentado a lo largo de estos años y que han dificultado la elaboración de una propuesta concluyente por cuanto nos permitirá aclarar algunos aspectos previos directamente relacionados con el objeto de este apartado.

Y así, uno de los factores que de forma palmaria han podido contribuir a hacer más ardua la tarea interpretativa de este asunto tiene que ver con la propia evolución normativa que ha experimentado la ordenación jurídica del salario¹⁵²⁵. Hasta la reforma laboral operada por la Ley 11/1994, de 23 de mayo la determinación de la naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales realizadas con fines provisionales se podía deducir de lo dispuesto por el art. 4 de la Orden Ministerial de 22 noviembre 1973¹⁵²⁶, por la que se desarrollaba el Decreto 2380/1973, de 17 agosto, sobre Ordenación del Salario¹⁵²⁷. En este precepto se consideraban excluidos del concepto legal de salario las mejoras voluntarias, los servicios asistenciales y las medidas de Seguridad Social complementaria que pudieran establecerse por las empresas¹⁵²⁸. Indudablemente, las aportaciones

¹⁵²² MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El salario en especie*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 25.

¹⁵²³ FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 176.

¹⁵²⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 22.

¹⁵²⁵ También en el caso del ordenamiento italiano, la complejidad del asunto de la determinación de la naturaleza retributiva de las aportaciones a un fondo de previsión se ha debido a la ausencia de una respuesta normativa en tal sentido. *Vid.* GRANDI, M.: “Previdenza integrativa...”, *op. cit.*, p. 109 y ZAMPINI, G.: “Il finanziamento”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, p. 324.

¹⁵²⁶ BOE 11 diciembre 1973.

¹⁵²⁷ BOE 4 octubre 1973.

¹⁵²⁸ En todo caso, hay que recordar que algunos autores han considerado que aquella exclusión era únicamente parcial por cuanto el propio art. 4, párrafo 2º OM 22 noviembre 1973 limitaba la consideración extrasalarial a las mejoras que hubieran sido previamente autorizadas u homologadas, conforme a lo previsto en el art. 182 y ss LGSS (Ley 29/1974). De esta forma, sólo quedaban excluidas del concepto de salario las mejoras llamadas excepcionales cuya financiación incluía aportaciones de los

empresariales que se pudieran efectuar para financiar estos sistemas de previsión no se integrarían dentro de los conceptos retributivos del trabajo *ex art. 5 del Decreto 2380/1973*¹⁵²⁹. Sin embargo, la derogación expresa de esta normativa reglamentaria en virtud de la Ley 11/1994 dejó sin solución la cuestión relativa a la calificación jurídica –salarial o no- de las aportaciones del empresario realizadas con fines de previsión voluntaria a favor de sus empleados, dado que no existía en el nuevo modelo normativo una exclusión manifiesta de aquéllas del concepto de salario. Como es lógico, esta indefinición normativa, la cuál es la que pervive en la actualidad, daba paso a la posibilidad de inferir interpretaciones diferentes con respecto a la naturaleza salarial de las aportaciones empresariales: por un lado, se podía pensar que de la derogación de la normativa reglamentaria en materia salarial se deducía el reconocimiento implícito por parte del legislador de que las aportaciones empresariales a sistemas de previsión debían integrarse en la noción jurídica de salario y, por otro, se podía considerar que el silencio normativo en este asunto podía confirmar la naturaleza extrasalarial vigente hasta 1994, ya que de pretenderse una alteración del régimen jurídico anterior se hubiera adoptado una decisión expresa al respecto por medio de la aprobación de una nueva norma¹⁵³⁰. En cualquier caso, lo que sí quedaba claro en ese momento era la oportunidad de una intervención legislativa en este punto que se encargara de precisar la naturaleza salarial o no de las contribuciones empresariales con fines de provisión¹⁵³¹.

El segundo de los aspectos que ha influido igualmente en la falta de una solución unívoca en la consideración de la calificación jurídica de las contribuciones empresariales a planes de pensiones está relacionado con los cambios que han afectado a la retribución en general de los trabajadores. En efecto, el salario como coste esencial para los empresarios no podía permanecer ajeno a las influencias que en el ordenamiento laboral ha tenido el debate de la flexibilidad¹⁵³². Así, factores como la automatización e informatización, la transformación de la gran empresa, el crecimiento de

trabajadores. En cuanto a las otras mejoras, “ordinarias”, se entendía que estaban incluidas en el concepto de salario (GALLARDO MOYA, R.: “Las mejoras complementarias del sistema...”, *op. cit.*, p. 475). En la misma línea, FUENTE LAVÍN, M. de la: “¿Son cotizables las aportaciones empresariales a planes de pensiones?”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, p. 723 y ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 326.

¹⁵²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 264.

¹⁵³⁰ Dos posibles soluciones propuestas por ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 326.

¹⁵³¹ No le faltaba razón a MONEREO PÉREZ cuando reclamaba, en buena lógica, una actuación del legislador en este asunto evitando así toda duda razonable al respecto, sobre todo teniendo en cuenta la incidencia que esa calificación podía tener en otras instituciones y a otros efectos jurídicos, donde la noción de salario podía merecer “la consideración de materia de Derecho estatal necesario [v. gr., respecto de la responsabilidad empresarial *ex art. 42.2 LET* y en relación a la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial prevista en el art. 33.1 LET” (*Público y privado...*, *op. cit.*, p. 264)].

¹⁵³² Como señala ALFONSO MELLADO, C. L.: “Salarios y negociación colectiva”, en VV. AA. (Aparicio Tovar, J. coord.): *Estudios sobre el salario*, Albacete, Bomarzo, 2004, p. 10.

las pequeñas y medianas empresas, la redistribución cuantitativa y cualitativa de mano de obra, la inversión de las relaciones de fuerza entre capital y trabajo y, en fin, la modificación del clima y la cultura empresarial han contribuido a transformar el panorama de las relaciones laborales y, en concreto, el modelo salarial como variable dependiente de los anteriores elementos¹⁵³³. Ello ha dado lugar a que se haya vigorizado la interdependencia y conexión entre el sistema jurídico-laboral y el sistema económico-social en este punto¹⁵³⁴.

Conforme a esta nueva orientación, decididamente flexibilizadora, se destaca la adopción de una perspectiva económica del salario en la que se tiende a obtener una consideración conjunta de los componentes del coste global del factor trabajo: de un lado, el salario directo, que retribuye directamente los servicios prestados y que son recibidos por los trabajadores de su empleador, de otro, el salario social o diferido, integrado por cotizaciones o aportaciones económicas de Seguridad Social y de previsión social (pública o privada) y, asimismo, por las prestaciones de previsión y Seguridad Social¹⁵³⁵. En atención a ello, en concreto, a esta dimensión unitaria del salario debido a la preponderancia de una perspectiva económica en el análisis del mismo, se valorizan los diversos componentes del salario social como elementos de ajuste de la estructura salarial¹⁵³⁶. En definitiva, la fisonomía del esquema del salario refleja la intercambiabilidad de sus elementos. Por ello, no debe extrañar que en bastantes ocasiones en el ámbito de la negociación colectiva las reivindicaciones salariales de los trabajadores no atendidas en su totalidad

¹⁵³³ MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La Incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 21. Como indica MONEREO PÉREZ “la fisonomía de la estructura salarial refleja (y es cristalización) las nuevas formas organizativas de las empresas y el modelo de relaciones laborales en la empresa. Es por ello también un ámbito privilegiado para el análisis de estos problemas. En tal sentido, las tendencias hacia la diversificación se traducen en el organigrama de la estructura salarial de cada empresa. También la dialéctica entre la rigidez y la flexibilidad siempre presente en el campo de la organización jurídica de las relaciones laborales. Hoy el marco jurídico regulador de la materia salarial se sitúa, evidentemente, bajo el predominio de la lógica de la flexibilidad respecto a la lógica de la rigidez” (*El salario y su estructura...*, op. cit., p. 22).

¹⁵³⁴ Como indica FERNÁNDEZ AVILÉS también en el análisis del salario se deja notar una aproximación caracterizada por la adhesión a los postulados metodológicos de la economía del derecho (*Configuración jurídica del salario*, Granada, Comares, 2001, p. 437).

¹⁵³⁵ Ambos componentes del esquema económico de las rentas del trabajo, apreciados en su consideración conjunta, “remiten, en el ámbito de la teoría económica del salario, al precio del trabajo (de la fuerza del trabajo) como mercancía (cualificada o adjetivada, en esta perspectiva, por su carácter productivo, puesto que se convierte en objeto del tráfico negocial quedando realizado su valor de “cosa productiva *sui generis*) y, por consiguiente, a su coste como factor de producción” (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 266).

¹⁵³⁶ MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas Tendencias en la Ordenación...*, op. cit., p. 146. Para este autor, los beneficios accesorios (salario diferido) “pueden incrementar la utilidad de las percepciones globales del empleado, pero también pueden beneficiar a la empresa permitiéndole atraer y retener a empleados altamente cualificados” (*Ibidem*, p. 146).

por el empresario se palién o compensen con la introducción de medidas de previsión¹⁵³⁷.

Pues bien, esta maleabilidad de la estructura del salario, específicamente por lo difusa que se presenta en la actualidad la franja que separa lo salarial de lo extrasalarial¹⁵³⁸, hace difícil que se puedan ofrecer criterios válidos a la hora de proceder a la catalogación jurídica de nuevas fórmulas retributivas. Esto resulta especialmente significativo en el caso de las contribuciones empresariales a planes de pensiones del sistema de empleo. Su consideración extrasalarial ha estado vinculada a la vieja noción de mejora voluntaria de la Seguridad Social. La radical distinción que se ha mantenido en este trabajo entre ambas técnicas de previsión social voluntaria impide una asimilación en este sentido, por lo que su estricta valoración como partidas extrasalariales debe atender a otras consideraciones no relacionadas directamente con aquéllas. Más evidente resulta el supuesto de los planes de adquisición directa de acciones o de adquisición de los derechos de opción en un momento futuro. Su incardinación en la noción jurídica de salario no deja de plantear dudas razonables en función de si se hace prevalecer el criterio del estatus del trabajador o su conexión directa con la prestación laboral individualmente considerada.

El tercero de los factores que ha condicionado del mismo modo la elaboración de una propuesta definitiva acerca de la consideración salarial (o no) de las contribuciones empresariales a un régimen complementario (plan de pensiones) profesional está directamente relacionado con la conceptualización funcional e instrumental del salario y su estructura que ofrece el ordenamiento comunitario. La posibilidad de acudir a la legislación comunitaria a efectos de arrojar luz sobre esta cuestión ha resultado un trabajo infructuoso, teniendo en cuenta que la noción jurídica de retribución que ofrece el vigente art. 141 TCE (anterior 119) está orientada al servicio de sus específicos fines de política del Derecho, a saber, garantizar el principio de igualdad salarial. Así, en base a lo dispuesto por el art. 141 TCE que considera retribución el “salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”, el Tribunal de Justicia Comunitario no ha tenido ningún problema, conforme al criterio

¹⁵³⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “La responsabilidad respecto de mejoras por riesgos profesionales introducidas por convenio colectivo. El aseguramiento mercantil y su omisión”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 60, 1993, p. 499. En la misma línea, YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 29. Un ejemplo paradigmático de la intercambiabilidad de los conceptos integrantes de la retribución global de los trabajadores se puede ver en la Disp. Adic. del *Convenio Colectivo de la empresa “Danone, Sociedad Anónima”* (BOE 4 febrero 2003) en el que se sustituyen los complementos de antigüedad por la realización de aportaciones al plan.

¹⁵³⁸ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El salario...*, *op. cit.*, p. 26.

teleológico perseguido por la norma de referencia, en acoger en el concepto de retribución las prestaciones concedidas por un régimen complementario¹⁵³⁹. Por ello, la extensión material expansiva del concepto de salario a efectos de la aplicación del art. 142 TCE podía servir para justificar la consideración salarial de la participación financiera del promotor en un plan. Sin embargo, se vuelve a insistir, esta noción extensiva “ad-hoc” de salario y de estructura salarial proporcionada por la legislación comunitaria, más allá del salario entendido como contraprestación directa del trabajo dependiente, no resulta trasladable a nuestro ordenamiento interno, dado que el art. 26.1 ET proporciona una lectura más restrictiva al exigir que el salario sea una compensación económica del esfuerzo laboral¹⁵⁴⁰. En definitiva, la posibilidad de acogerse a la noción de retribución propiciada por la normativa comunitaria debe relativizarse a tenor del carácter instrumental de la misma para garantizar el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo¹⁵⁴¹. De hecho, esta visión amplificada del concepto de retribución que maneja el TJCE en los supuestos de verificación de situaciones de discriminación no sirvió para considerar como salario *ex art. 141 TCE* las contribuciones que el empresario realizaba para garantizar el pago futuro de las prestaciones comprometidas¹⁵⁴².

Precisamente, el cuarto de los elementos que ha incidido en la problematización de la naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales tiene que ver también con el perfil que del salario han ofrecido otras ramas del ordenamiento jurídico¹⁵⁴³. Concretamente, la normativa tributaria se refiere a las contribuciones o aportaciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones, así como a las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones en los términos previstos por la disp. adic. 1ª TRLRFP para

¹⁵³⁹ Cabe recordar aquí el criterio mantenido al respecto por la STJCE 13 mayo 1986 (Asunto 170/84, *Bilka-Kaufhaus contra Karin Weber con Hartz*, Rec. 1986, pág. I-1607).

¹⁵⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El salario y su estructura...*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁴¹ Como señala SUÁREZ CORUJO “el excesivo sometimiento de la doctrina jurisprudencial comunitaria a la apreciación de la existencia o no de un tratamiento discriminatorio (loable fin, en todo caso) hace que sus opiniones en torno a la naturaleza de las aportaciones empresariales a un plan de pensiones no esclarezca gran cosa.” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 484). También en la doctrina italiana se acepta que la solución al dilema referido a la naturaleza de las contribuciones al fondo de pensiones no pasa por acudir a la jurisprudencia comunitaria en este punto. *Vid.* ZAMPINI, G. “Il finanziamento”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, p. 334.

¹⁵⁴² SSTJCE 22 diciembre 1993, Asunto 152/91, *David Neath contra Hugh Steeper LTD*, Rec. 1993, p. I-6935, aptdos. 30º y 31º; 28 septiembre 1994, Asunto 200/91, *Coloroll Pension Trustees LTD contra James Richard Ruseell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton y Coloroll Group PLC*, Rec. 1994, p. I-4389 y 9 noviembre 1993, Asunto 132/92, *Birds Eye Walls LTD. Contra Friedel M. Roberts*, Rec. 1993, p. I-5579.

¹⁵⁴³ En idéntico sentido, DUPEYROUX destaca este aspecto a los efectos de precisar correctamente el significado jurídico de la noción de salario. Sostiene que otras ramas del Derecho, como el Derecho fiscal o de Seguridad Social, presentan al igual que la noción de salario ofrecida por el Derecho del Trabajo un carácter relativo (*Droit de la...*, *op. cit.*, p. 845).

considerarlos como rendimientos íntegros del trabajo [art. 16.1, e) TRLIRPF]. Por ello, esta valoración de las aportaciones empresariales como rentas o rendimientos del trabajo dependiente podría servir para justificar su naturaleza salarial. Sin embargo, resulta aceptado por la doctrina que el valor configurador en este punto del ordenamiento fiscal no es definitorio a efectos jurídico-laborales¹⁵⁴⁴, admitiéndose que el concepto tributario es más amplio que el laboral¹⁵⁴⁵. Y es que aquella noción resulta funcional a los efectos pretendidos por el ordenamiento tributario, aglutinando conceptos retributivos que tienen naturaleza salarial y otros que no la tienen desde la perspectiva del ordenamiento laboral (dietas, gastos de locomoción, etc.), por lo que también aquí se debe relativizar la posibilidad de acudir a esta normativa a la hora de resolver el dilema de la naturaleza salarial (o no) de las contribuciones empresariales a un plan de pensiones del sistema de empleo¹⁵⁴⁶. De hecho, la propia jurisprudencia se ha encargado de reiterar la imposibilidad de trasladar lo dispuesto en este punto en la normativa fiscal a la legislación laboral¹⁵⁴⁷.

Idéntica situación se produce con la delimitación legal del “salario cotizable” a efectos de la Seguridad social. Así, conforme al art. 109.2 TRLGSS quedan excluidas de la base de cotización las prestaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras [letra f)]. Esta previsión podría servir para postular el carácter extrasalarial de las contribuciones del promotor al plan, de reconducirse las mismas al término amplio de mejoras. Pero de forma más concreta es el art. 23.2, F), a) del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social¹⁵⁴⁸, el que se encarga de establecer expresamente esta equiparación a los efectos de su exclusión de la base de cotización. En particular, se indica que se consideran mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social las aportaciones efectuadas por los empresarios “a los planes de pensiones y a los sistemas de previsión social complementaria de sus trabajadores, a que se refieren los artículos 192 y 193 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que el beneficio obtenido o que pudiera llegar a obtenerse por el interesado suponga una ampliación o complemento de las prestaciones económicas otorgadas por el Régimen General de la Seguridad Social en el que se hallen incluidos dichos trabajadores”. Por tanto, en base a esta previsión se podría defender la naturaleza extrasalarial de las

¹⁵⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵⁴⁵ SÁNCHEZ TORRES, E.: “Naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales a los planes y fondos de pensiones”, *Aranzadi Social*, Tomo V, 1997, p. 411 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 489.

¹⁵⁴⁶ También para ROMERO BURILLO el tratamiento fiscal que van a recibir las aportaciones empresariales a un plan de pensiones no es un dato que pueda ser utilizado como argumento decisorio de su naturaleza salarial (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 334).

¹⁵⁴⁷ SSTSJ Madrid 4 julio 1996 (*AL* 1996, 1871) y 30 septiembre 1998 (*AS* 1998, 3371).

¹⁵⁴⁸ BOE 25 enero 1996.

contribuciones empresariales al plan. Sin embargo, una interpretación correcta del precepto, en el que únicamente se dejan fuera del salario cotizable las contribuciones empresariales que sirvan para el pago futuro de prestaciones configuradas en estricta complementariedad con las dispensadas por el Régimen General de la Seguridad Social en su modalidad contributiva (la gran mayoría, por otro lado), nos obliga a insistir, de nuevo, sobre la dificultad de exportar las reglas de un ordenamiento (el de seguridad social) a otro (el laboral). Algo que, por otro lado, ha sido confirmado por la jurisprudencia de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [entre otras, en las SSTs 2 noviembre 1989 (*RJ* 1989, 7791) y 30 diciembre 1991 (*RJ* 1991, 9625)] estableciendo que la inclusión de una partida retributiva en la base de cotización a la Seguridad Social no depende de su naturaleza salarial o extrasalarial sino de la dicotomía remuneración sujeta a cotización concepto excluido de ella¹⁵⁴⁹. Y es que, al igual que ocurría con el ordenamiento fiscal, las normas de cotización contienen una definición legal de salario cotizable de carácter estipulativo y estrictamente funcionalizado a la aplicación de la normativa de Seguridad Social, sirviendo únicamente a sus fines singulares¹⁵⁵⁰. Prueba de ello es que no todo tipo de aportaciones del promotor quedaran excluidas de la base de cotización, ni tampoco, como se sabe, todos los conceptos salariales [por ejemplo, las horas extraordinarias *ex art. 23.2. g) RD 2064/1995*] quedarán incluidos en la misma. En suma, resulta en todo punto inadecuado acudir al concepto de salario de cotización que proporciona la normativa de Seguridad Social a los efectos de determinar la naturaleza jurídica (salarial o no) de la participación financiera del empresario en un plan de pensiones del sistema de empleo, ya que los conceptos retributivos que se tienen en cuenta a la hora de su consideración como cotizables no tienen porqué coincidir con las percepciones consideradas como salariales o como extrasalariales desde el punto de vista del ordenamiento laboral¹⁵⁵¹. Así pues, el criterio general de la exclusión de la base de cotización de las aportaciones empresariales al plan no puede catalogarse de definitivo, ni

¹⁵⁴⁹ FUENTE LAVÍN, M. de la: “¿Son cotizables las aportaciones empresariales...”, *op. cit.*, p. 725.

¹⁵⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 79. También en el ordenamiento francés resulta problemática la sujeción a las normas de cotización (art. L. 242-1 del Code de la Sécurité sociale) de las contribuciones patronales destinadas a financiar las prestaciones de protección o previsión complementaria o suplementaria. Sobre esta cuestión, ampliamente en DUPEYROUX, J. J.: “Sur les incidences de la prise en charge, par l’employeur, des contributions salariales aux régimes complémentaires”, *Droit Social*, núm. 6, 1996, pp. 624-626; BORGETTO, M.: “La nature juridique des versements destinés à assurer l’équilibre financier des régimes complémentaires de retraite par répartition”, *Droit Social*, núm. 9-10, 1999, pp. 816-820; y BARTHÉLÉMY, J.: “Protection social complémentaire: contribution salariale non prélevée et assiette des cotisations de Sécurité sociale”, *Droit Social*, núm. 2, 2001, pp. 175-177.

¹⁵⁵¹ En la misma línea, ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 332 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 487.

mucho menos de extrapolable a los efectos de su calificación como extrasalarial¹⁵⁵².

Junto a esta confusión normativa, de escaso poder clarificador en este punto, debe mencionarse también la Proposición no de Ley sobre los sistemas complementarios de previsión social elaborada en desarrollo de la Recomendación núm. 14 del Pacto de Toledo en la que se contiene una propuesta respecto a la calificación jurídica de las contribuciones empresariales a los sistemas complementarios de previsión. Así, se considera por las fuerzas parlamentarias firmantes del acuerdo que las aportaciones de las empresas a la previsión social complementaria, aun teniendo la consideración de salario diferido, no son salario en especie y, por tanto, deben continuar sin ser tenidas en cuenta para determinar la base de cotización en la Seguridad Social [aptdo. 2.8.c), último párrafo].

Finalmente, cabe referirse al último de los aspectos que han condicionado de igual manera una propuesta concluyente acerca de la naturaleza jurídica de las contribuciones empresariales a planes de pensiones. En este caso, se trata de lo escasamente clarificadoras que han sido las decisiones jurisprudenciales que se han ocupado (directa o indirectamente) del tema en cuestión. Y es que, como se verá más adelante, cada vez que nuestros tribunales han tenido ocasión de abordar este asunto lo han hecho despachando el mismo con argumentos poco convincentes. En general, ha predominado el criterio de considerar las aportaciones realizadas por el empresario al plan de pensiones como no salariales, al calificar las mismas como mejora voluntaria de la Seguridad Social¹⁵⁵³. Se trata, como se ve, de un razonamiento difícilmente compartible por la apriorística asimilación entre el régimen legal de las mejoras y el correspondiente a los planes de pensiones, lo que ha sido negado en este trabajo y, por supuesto, también por la doctrina jurisprudencial mayoritaria. Por tanto, tampoco la jurisprudencia ha ayudado en demasía al objeto de la

¹⁵⁵² Sin embargo, para GALA DURÁN el criterio proporcionado por el art. 23 RD 2064/1995, de 22 diciembre resulta determinante para la consideración extrasalarial de las aportaciones empresariales a un plan de pensiones, de modo que si con el establecimiento del sistema de previsión lo que se pretende efectivamente es complementar en el futuro las prestaciones del sistema público de Seguridad Social, la naturaleza de la aportación será extrasalarial, de conformidad con aquél precepto. Por el contrario, si lo pretendido es reconducir un incremento salarial o una parte del salario al que tienen derecho los trabajadores, la aportación al mismo habrá de calificarse como salario en especie (*El régimen jurídico de las...*, *op. cit.*, p. 67). Un criterio que no se puede compartir, entre otras razones, por cuanto se da prioridad a un dato difícilmente apreciable, cuál es el de la intención pretendida por los sujetos negociadores del plan. Hay que tener en cuenta que no siempre va a ser posible determinar que la finalidad buscada por éstos es que las prestaciones otorgadas se constituyan en una relación de estricta complementariedad con respecto al sistema público de pensiones. En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 487-488.

¹⁵⁵³ Entre otras, SSTS 14 julio 1992 (*RJ* 1992, 5617) 30 septiembre 1993 (*RJ* 1993, 7094), 14 diciembre 1998 (*RJ* 1999, 1010), SSTSJ Madrid 20 mayo 1996 (*AS* 1996, 2183), 4 julio 1996 (*AL* 1996, 1871), 18 noviembre 1996 (*AS* 1996, 3743), 17 septiembre 1998 (*AS* 1998, 3318), 30 septiembre 1998 (*AS* 1998, 3371) y 31 octubre 2000 (*AL* 2000, 482), STSJ Baleares 21 junio 2000 (*AS* 2000, 3496) y STSJ Andalucía 7 octubre 2003 (*J* 2003, 2370).

calificación de las contribuciones empresariales a un plan como salariales o extrasalariales.

Como se ve, el conjunto de los factores mencionados –normativos y jurisprudenciales, mayoritariamente- poco han ayudado a conformar definitivamente una teoría sólida en relación a la catalogación jurídica de las aportaciones empresariales a los sistemas de previsión. Por el contrario, más bien han contribuido a que la doctrina se encuentre dividida entre aquellos que las consideran como salariales y aquellos otros que las integran entre las percepciones de naturaleza extrasalarial. Los primeros, ponen de manifiesto la existencia de una finalidad remunerativa, coexistente, por lo demás, con la de previsión del plan. Los segundos, no aprecian aquélla y anudan las aportaciones a los fines de previsión del plan.

- b) Los intentos de reconducción de las contribuciones del promotor a la noción jurídico-laboral del salario *ex art. 26.1 ET*: su consideración como salario en especie

Como ya se ha dicho, la imperiosa necesidad en el plano laboral de proyectar algo de luz sobre la oscuridad que presenta el asunto de la naturaleza de las contribuciones del promotor ha provocado que una parte de la doctrina se haya decantado por su consideración como salario *ex art. 26.1 ET*. En particular, se trata de propuestas que, en su mayoría, postulan la integración de las aportaciones empresariales en el concepto jurídico-positivo de salario en especie, aun cuando el trabajador-partícipe no pueda disponer de forma inmediata de dichas atribuciones patrimoniales, al establecerse con su aportación una ventaja o beneficio directo valorable económicamente a favor del asalariado. Los argumentos que sustentan estas posturas, aparte de otras que los asimilan a alguno de los complementos salariales, son tanto de orden normativo como directamente relacionados con las características de los planes de pensiones del sistema de empleo. A ellos nos referiremos a continuación con el propósito de poder contrastar adecuadamente los razonamientos que avalan esta toma de posición a favor de su consideración salarial frente aquella otra (la que aquí se defiende) a favor de su calificación no salarial.

En primer lugar, las posturas doctrinales que apuestan por integrar las aportaciones empresariales a los planes y fondos de pensiones en la noción jurídico-laboral de salario lo hacen desde una posición de pura normatividad. Entienden que el concepto totalizador u omnicomprensivo de salario que ofrece el *art. 26.1 ET* juega a favor de esta interpretación. Así, la definición del mismo contenida en el mencionado precepto [“se considerará salario a la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso

computables como de trabajo (...)”] posibilitaría la incorporación de nuevas fórmulas retributivas, entre ellas, porqué no, las aportaciones empresariales a planes de pensiones¹⁵⁵⁴. Dos argumentos adicionales posibilitarían esta asimilación.

Por un lado, la propia jurisprudencia ha considerado la existencia en este punto de una presunción *iuris tantum* a favor del trabajador de que toda retribución que recibe el empleado de la empresa es salario, o lo que es lo mismo, que todo lo que el trabajador percibe del empresario le es debido en el concepto amplio de salario¹⁵⁵⁵. En definitiva, el concepto de salario lleva anudado una especie de *vis atractiva* que hace que todas las percepciones económicas que reciba el trabajador deban considerarse como tales, salvo prueba en contrario que acredite que el concepto se encuentra incluido en alguna de las exclusiones legales (art. 26.2 ET)¹⁵⁵⁶.

Esto último resulta especialmente importante (segundo argumento), puesto que para que se reconozca el carácter extrasalarial de lo percibido por el trabajador resulta obligado reconducir tal concepto a alguno de los tres supuestos previstos legalmente: de una parte, las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la prestación laboral, de otro, las prestaciones que otorga el sistema de la Seguridad Social y, por último, las indemnizaciones derivadas de traslados, suspensiones o despidos (art. 26.2 ET)¹⁵⁵⁷. Precisamente, la problemática incardinación de las contribuciones empresariales de previsión a alguno de los conceptos enumerados avalaría la tesis de su naturaleza salarial¹⁵⁵⁸.

Otro de los argumentos que se han utilizado para justificar el carácter salarial de las aportaciones empresariales a planes de pensiones tiene que

¹⁵⁵⁴ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 327.

¹⁵⁵⁵ Fue el Tribunal Central de Trabajo el que estableció hace tiempo el principio por el cuál “la naturaleza de los distintos elementos que componen la retribución de los trabajadores no está en función de lo que las partes hayan podido acordar o de la denominación que le asignen, en una calificación jurídica más o menos acertada, sino de su verdadera esencia y finalidad, contempladas a la luz de las normas” [STCT 25 mayo 1987 (RTCT 1987, 10920)]. A lo que se añadió la existencia en el fondo de una “vis atractiva” del salario, de tal manera que se presume el carácter salarial de todo lo percibido por el trabajador a cambio del trabajo, salvo que se pruebe lo contrario [SSTS 9 febrero 1987 (RJ 1987, 800), 25 octubre 1988 (RJ 1988, 8152), 25 mayo 1992 (RJ 1992, 3598)].

¹⁵⁵⁶ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y ALFONSO MELLADO, C. L.: *El salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 27.

¹⁵⁵⁷ Para el Tribunal Supremo se trata de los únicos tres conceptos de percepciones extrasalariales admitidos legalmente, ya que estaríamos ante una lista cerrada [SSTS 26 junio 1995 (RJ 1995, 5227) y 1 abril 1996 (RJ 1996, 2969)].

¹⁵⁵⁸ Para SUÁREZ CORUJO difícilmente puede sostenerse que la previsión contenida en el apartado 2º del art. 26 ET (“...las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social...”) puede dar cabida a las contribuciones empresariales de previsión social voluntaria. Además, que la derogación de la regulación reglamentaria del salario con ocasión de la reforma del ET a través de la Ley 11/1994 podría servir de “argumento para reforzar la defensa del actual carácter salarial de las aportaciones empresariales, cuya exclusión era quizá algo más evidente en la normativa anterior” (*Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 485-486). Por su parte, ROMERO BURILLO descarta la posibilidad de que las aportaciones empresariales se puedan incluir dentro de la categoría de indemnizaciones y suplidos, ni tampoco su equiparación a las indemnizaciones y prestaciones de la Seguridad Social (*Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 335).

ver con uno de los razonamientos acogidos por la jurisprudencia para negar tal consideración. En particular, para nuestros tribunales las aportaciones realizadas por el empresario a un sistema de previsión no son percibidas por el trabajador sino por un tercero encargado de gestionarlo, estando sometidas al régimen jurídico del instrumento de protección correspondiente (seguro, plan, etc.)¹⁵⁵⁹. Pese a que el pago beneficie al trabajador, se niega su naturaleza salarial porque aquél no ha entrado a formar parte de su patrimonio disponible¹⁵⁶⁰.

Frente a esta doctrina judicial, los defensores de su consideración salarial arguyen que, pese a esa falta de traslación económica inmediata a favor del trabajador, sí existe una atribución patrimonial directa e individualizable a favor del trabajador¹⁵⁶¹. A pesar de que las aportaciones a los planes se incorporen a un fondo de pensiones gestionado por terceros, lo cierto es que conforme al principio de atribución de derechos *ex art. 5.1.d) TRLPFP* la titularidad de las aportaciones se atribuye a los partícipes del plan desde el mismo momento en que se integran en aquél, sin que las entidades depositaria y gestora tengan derecho alguno sobre el patrimonio¹⁵⁶². Prueba de que estos derechos han entrado en la esfera patrimonial de los partícipes es el hecho de que no se vean perjudicados por la extinción o suspensión de la relación laboral que les une con el promotor, al poder movilizar sus derechos, en el primer caso, o adquirir la condición de partícipe en suspenso, en el segundo¹⁵⁶³. Además, la reputación como salarial de las aportaciones imputadas, derivada de esta atribución de derechos de carácter patrimonial, no se vería mermada por los condicionamientos impuestos por la normativa a su disponibilidad. Así, se considera por estos autores que la falta de liquidez que acompaña a los derechos consolidados de los partícipes no es un obstáculo para su calificación salarial, ya que esta indisponibilidad que se predica de las aportaciones de la que los partícipes son titulares es relativa, dado que la propia normativa contempla dos supuestos excepcionales a través de los cuales se van a poder hacer efectivas, pero además en la conceptualización que el art. 26.1 ET realiza en materia salarial no se contempla esta característica ni se refleja como un elemento esencial de su configuración, pudiendo encontrar, de hecho, percepciones salariales que carecen de cierta accesibilidad líquida, como es el caso de las pagas extraordinarias¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁵⁹ STSJ Madrid 4 julio 1996 (*AL* 1996, 1871).

¹⁵⁶⁰ STS 14 julio 1992 (*RJ* 1992, 5617).

¹⁵⁶¹ SÁNCHEZ TORRES, E.: "Naturaleza jurídica de las aportaciones...", *op. cit.*, p. 424; ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 329; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 493 y FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁶² ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 329.

¹⁵⁶³ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 496.

¹⁵⁶⁴ SÁNCHEZ TORRES, E.: "Naturaleza jurídica de las aportaciones...", *op. cit.*, p. 424 y ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 329-330.

Precisamente, la existencia de un beneficio particular inmediato valuable económicamente, el cuál pasa a formar parte del patrimonio del trabajador-partícipe, lleva a esta doctrina a la conclusión de la existencia de una finalidad remunerativa con la constitución del plan. En otras palabras, para estos autores parecería claro que el objetivo del empresario (y de la norma colectiva de origen) a la hora de instituir un sistema complementario de previsión no es sólo compensar la merma de ingresos que sufre el trabajador como consecuencia del acaecimiento de ciertas situaciones de necesidad contempladas como tales por el plan, sino también retribuir el trabajo efectivo de los sujetos participantes (empleados, a la postre)¹⁵⁶⁵. Así, la posibilidad, brindada por el modelo legal, de distinguir las aportaciones de las prestaciones (elementos reales) en los planes de pensiones permitiría deslindar una finalidad retributiva de otra resarcitoria o social¹⁵⁶⁶. La primera, estaría vinculada a las aportaciones, las cuáles constituirían una remuneración directa del trabajo realizado, pues el resultado de su incorporación al fondo sería que los trabajadores afectados disfrutaran de un incremento patrimonial cierto y cuantificable, por más que la disponibilidad de tales recursos no fuera absoluta¹⁵⁶⁷. La segunda, se asociaría a las prestaciones, puesto con ellas se atendería la pérdida de la renta económica que sufre el trabajador. Así, para estos autores, la práctica negociadora vendría a demostrar la imposibilidad de seguir postulando una preeminencia del carácter asistencial sobre el salarial en lo que respecta a la calificación jurídica de la participación del promotor en la financiación del plan, siendo la normativa convencional un buen ejemplo de la vinculación entre aportaciones y salarios¹⁵⁶⁸.

Por otro lado, se subraya por parte de los autores que defienden la naturaleza salarial de las contribuciones empresariales a un plan que no

¹⁵⁶⁵ Esta doble finalidad –remuneratoria, de un lado, y previsor, de otro– ha sido defendida por una parte de la doctrina italiana. Vid. CECCONI, S.: “La previdenza complementare e le sue vicende”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 1996, pp. 202-204. Para otros, por el contrario, no existe tal naturaleza retributiva. Vid. TURSI, A.: “Riflessioni sulla...”, *op. cit.*, p. 88. Un análisis exhaustivo de las posiciones jurisprudenciales y doctrinales en la materia la ofrece ZAMPINI, G.: “Il finanziamento”, *op. cit.*, pp. 324-334.

¹⁵⁶⁶ Aunque al margen concurra una concausa asistencial ésta no elimina ni solapa la causa remuneratoria subyacente en la concesión empresarial (ALVÁREZ de la ROSA, M.: “El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social”, en VV. AA.: *Estudios sobre el salario*, Madrid, ACARL, 1993, p. 527). En la misma línea, SÁNCHEZ TORRES, E.: “Naturaleza jurídica de las aportaciones...”, *op. cit.*, p. 423; ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 336-337; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 495-496 y FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁵⁶⁷ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 496.

¹⁵⁶⁸ Así, se citan ejemplos de supuestos en los que se produce la transformación de algunos complementos salariales como la antigüedad en aportaciones para planes de pensiones, otros casos en los que las aportaciones se detraen de la nómina del trabajador, o también supuestos en los que las aportaciones empresariales a un plan sustituyen parcial o totalmente incrementos salariales (ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 336-337). En idéntico sentido, SÁNCHEZ TORRES, E.: “Naturaleza jurídica de las aportaciones...”, *op. cit.*, pp. 418-420 y REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: “Protección social...”, *op. cit.*, pp. 279-280.

sería un obstáculo para tal consideración el hecho de que los beneficiarios últimos de las susodichas contribuciones puedan ser terceros ajenos a la relación laboral, lo que puede ocurrir en los supuestos de prestaciones derivadas de la muerte del partícipe o del beneficiario, donde los que disfrutan de las prestaciones son sujetos distintos al trabajador a favor de quién se realizaron las aportaciones. A juicio de esta doctrina, tal hecho no afecta a la naturaleza salarial discutida, ya que es el trabajador-partícipe quién recibe el beneficio inmediato susceptible de valoración económica, aunque finalmente el perceptor material de las cantidades satisfechas por la empresa sea un tercero¹⁵⁶⁹.

Finalmente, otro de los argumentos utilizados para justificar la calificación salarial de las contribuciones empresariales de previsión está directamente relacionado con las similitudes existentes desde un punto de vista funcional entre planes de opciones sobre acciones y planes de pensiones¹⁵⁷⁰. La consideración salarial de los primeros, de acuerdo con los últimos pronunciamientos jurisprudenciales¹⁵⁷¹, llevaría a estos autores a deducir una aplicación analógica de esta doctrina para los planes de pensiones. Así, en ambos supuestos se produce una atribución patrimonial, efectuada en el seno de la relación laboral, en virtud del contrato de trabajo, con la finalidad de incentivar y, de modo indirecto, remunerar al beneficiario por los servicios prestados¹⁵⁷². En el caso de los planes de pensiones se arguyen, incluso, razones adicionales que evidencian de forma más clara, por otra parte, su consideración salarial, que en las denominadas *stock options*, dado que las aportaciones empresariales se realizan de modo regular y estable y sólo indirectamente pueden considerarse instrumento de fidelización por el reconocimiento de un principio de atribución inmediata de derechos¹⁵⁷³.

En base a los razonamientos apuntados hasta aquí, una parte de esta doctrina ha considerado que las contribuciones empresariales al plan

¹⁵⁶⁹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 496.

¹⁵⁷⁰ Para PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y THIBAUT ARANDA esta equiparación entre las *stock options* y los planes de pensiones existe, si bien en el sentido de su apreciación como beneficios accesorios o extrasalariales. Así, para estos autores “los Planes de Pensiones sirven a menudo para evitar que los trabajadores jóvenes con poco tiempo en la empresa extingan su relación y para retener a aquellos de edad madura cuyos puestos resulten fundamentales en la estructura empresarial. Y por otra parte, desde el punto de vista de la extensión temporal de los Planes de opciones sobre acciones, no es infrecuente que, siguiendo el postulado de “clientelización” o fidelización” de la empresa del trabajador, las prestaciones opcionales se involucren en sistemas de ahorro a largo plazo, e incluso que parte de las opciones se concedan a modo de prestación cobertura de la contingencia de jubilación, pudiendo ejercitarse a medida que los beneficiarios se aproximan a la edad donde aparece esta contingencia” (“Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones. Comentario a la STSJ Madrid de 22 febrero (AS 2001, 779)”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2001, p. 469).

¹⁵⁷¹ SSTS 24 octubre 2001 (RJ 2002, 2362 y 2363).

¹⁵⁷² FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁵⁷³ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 498.

(fondo) de pensiones deben considerarse como salario en especie¹⁵⁷⁴, y ello pese a que algún pronunciamiento jurisprudencial haya negado dicha condición¹⁵⁷⁵. Para algunos, aquella calificación se deduciría de la obtención por parte del trabajador de una ventaja o beneficio inmediato, en virtud de la prestación de servicios que realiza, cuál es el de contar con una mayor grado de protección frente a determinadas contingencias que eventualmente pudieran acaecer en cualquier momento¹⁵⁷⁶. Incluso, para alguna autora, resulta posible materializar el objeto cedido por el empresario al trabajador con ocasión del pago de las aportaciones al sistema de previsión escogido: ésta supone en efecto, en última instancia, la obtención de un “bien” por parte del empleado, aquél consistente en una mayor protección o seguridad¹⁵⁷⁷. Para otros, el factor decisivo que las convierte en remuneración en especie tiene que ver más bien con la indisponibilidad que les afecta como consecuencia de su adscripción a una finalidad previsora¹⁵⁷⁸.

En todo caso, no faltan aportaciones doctrinales que tras reconocer el carácter salarial de las contribuciones empresariales al fondo de pensiones han considerado más apropiado su incardinación en el salario base, en su calidad de concepto residual y de cierre, que determina que cuando una percepción no sea asimilable a ninguno de los complementos salariales, debe imputarse a aquél¹⁵⁷⁹; o su integración entre los complementos salariales de carácter personal en base a determinadas referencias normativas y al tratamiento que las aportaciones reciben por parte de la autonomía colectiva¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁴ ALVÁREZ de la ROSA, M.: “El complemento extrasalarial de prestaciones...”, *op. cit.*, p. 528; FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*, *op. cit.*, p. 226; SÁNCHEZ TORRES, E.: “Naturaleza jurídica de las aportaciones...”, *op. cit.*, p. 424; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 497; GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 67; MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 81; TIRADO SUÁREZ, F. J.: “Posición jurídica de los promotores...”, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵⁷⁵ STS 14 diciembre 1998 (RJ 1999, 1010); SSTSJ Madrid 17 septiembre 1998 (AS 1998, 3318) 31 octubre 2002 (AL 2004, 495041) y 26 junio 2003 (AL 2004, 494337); SJS Madrid 18 enero 2000 (AS 2000, 267).

¹⁵⁷⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicable)*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 201.

¹⁵⁷⁷ FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*, *op. cit.*, p. 225.

¹⁵⁷⁸ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 497-498.

¹⁵⁷⁹ Interpretación que vendría avalada por algún pronunciamiento judicial en este sentido, en concreto, la STSJ Navarra 26 mayo 1997 (AS 1997, 1985). *Vid.* FUENTE LAVÍN, M. de la: “¿Son cotizables las aportaciones...”, *op. cit.*, pp. 724-725.

¹⁵⁸⁰ Con respecto a las referencias legales y reglamentarias, la consideración de las aportaciones empresariales como complemento salarial de índole personal se obtendría de la propia configuración jurídica del principio de no discriminación, el cuál autoriza tanto la posibilidad de condicionar el acceso al plan, como la eventual diversificación de aportaciones o la creación de subplanes. En lo relativo a la autonomía colectiva, se aduce la transformación que en algunos convenios colectivos se está produciendo del complemento de antigüedad de los trabajadores por determinadas cantidades que se aportarán por el empresario al plan de pensiones constituido (ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 344-347).

- c) Naturaleza jurídica extrasalarial de las contribuciones del promotor como propuesta de regulación legal acorde con la finalidad del plan como operación de previsión y autoaseguramiento colectivo

A nuestro juicio, y pese a las propuestas de inclusión de las aportaciones empresariales de previsión en la noción legal de salario *ex art. 26.1 ET*, consideramos que las mismas deben considerarse como percepciones económicas de naturaleza extrasalarial. Aunque las mencionadas propuestas deban de calificarse de intentos ciertamente loables de dotar a los planes, más en concreto, a la participación financiera del promotor en los mismos, de connotaciones salariales, lo cierto es que no parece que el ordenamiento regulador de general afectación, no sólo el específico, de esta fórmula de previsión acoja esta caracterización¹⁵⁸¹. Más bien, cabe sostener que, en general, sigue predominando la función social de previsión respecto de la presencia de aparentes connotaciones salariales, sobre la base de los contratos de trabajo o, en su caso, de las situaciones jurídicas de carácter estatutario (y en relación a las cuáles se constituyen las relaciones jurídicas de previsión del personal), en las obligaciones contributivas y de prestación correspondientes a los regímenes privados de previsión. Aunque coincidamos en la tesis principal mantenida por la jurisprudencia, esto es, la del carácter no salarial de las aportaciones empresariales de previsión, consideramos poco convincentes los argumentos expresados en este sentido, cuando los ha habido, atendiendo al estado actual de la evolución normativa de los sistemas privados de pensiones. Por tanto, resulta obligado realizar una labor de apostilla argumental de la tesis principal, que dé mayor credibilidad y certeza a la respuesta, cuando de matización o corrección conceptual de las propuestas planteadas hasta ahora acerca de la naturaleza salarial de las contribuciones empresariales de previsión. Esta doble labor de apostilla y réplica¹⁵⁸² puede articularse, para una mayor claridad expositiva en las siguientes razones. A saber:

1.º La fórmula globalizadora del art. 26.1 ET no impide que existan atribuciones patrimoniales de dudosa calificación salarial: las aportaciones empresariales son percepciones económicas que tienen una causalidad específica distinta de la de los contratos de trabajo

¹⁵⁸¹ A esta conclusión llega una parte de la doctrina francesa, considerando que las contribuciones empresariales de previsión no son exactamente salarios desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, ni cotizaciones según el Código de Seguridad Social, sino más bien pertenecen a la categoría de los salarios indirectos o diferidos (LYON-CAEN, G.: *La prévoyance, op. cit.*, p. 73).

¹⁵⁸² Acogemos aquí la propuesta metodológica de carácter crítico adoptada por MOLINA NAVARRETE, C. en: "La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: la doctrina legal ¿zanja o relanza la polémica?, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 229, 2002, p. 53.

Se ha postulado por parte de los defensores del carácter salarial de las contribuciones empresariales de previsión que la definición estipulativa omnicomprendiva del salario a efectos jurídico-laborales autorizaría una calificación en tal sentido de aquéllas. Esta configuración totalizadora de la noción de salario genera una presunción calificatoria *iuris tantum* acerca de la naturaleza de las atribuciones patrimoniales realizadas por el empleador al trabajador, lo que juega a favor de la consideración salarial de toda transmisión patrimonial (también de las aportaciones empresariales de previsión) entre las partes del contrato de trabajo en virtud de la relación laboral. Se aduce, igualmente, una evolución histórica, presente también en la jurisprudencia, tendente a englobar en el concepto legal de salario todo aquello que es coste para el empresario y remunera, directa o indirectamente, al trabajador. De hecho, se ha aceptado pacíficamente que esta concepción amplia del salario no sólo acogería las atribuciones patrimoniales que tuvieran su causa en la contraprestación directa o inmediata por el trabajo prestado (concepción estricta), sino también, salvo exclusión legal constitutiva, toda prestación que siquiera de modo indirecto o mediato tuviera su causa en el trabajo prestado por cuenta ajena y dependiente (concepción amplia del salario)¹⁵⁸³. Un dato que avalaría la reconducción de numerosas zonas grises de dudosa calificación salarial. En definitiva, el carácter polifuncional de la obligación salarial determina la elasticidad de la figura del salario, que no vendrá equiparado estructuralmente a su estricto carácter de contraprestación del trabajo realizado¹⁵⁸⁴.

Sin embargo, y teniendo en cuenta el carácter abierto de la definición legal, la cuál no presenta de manera clara y definitiva las notas distintivas de la noción salarial, no debe caerse en la ingenuidad hermenéutica de entender que dicha concepción zanja cualquier duda con respecto a la calificación salarial de muchas partidas económicas que recibe el trabajador de su empresario. De hecho, la desregulación de la vertiente estructural del salario ha propiciado una situación de incerteza en la calificación de las atribuciones patrimoniales recibidas por el trabajador. Por ello, y en relación a la naturaleza jurídica que en este sentido quepa otorgar a las aportaciones empresariales de previsión, se impone necesariamente una labor de indagación sobre la causa de tal atribución patrimonial¹⁵⁸⁵, ya que su carácter salarial, como en el resto de percepciones económicas del trabajador, no deriva sin más de que se otorguen con ocasión del contrato de trabajo, sino de que encajen dentro de esa amplia y elástica correlación con la prestación profesional de servicios por cuenta ajena y

¹⁵⁸³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El salario y su estructura...*, op. cit., p. 13.

¹⁵⁸⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica...*, op. cit., p. 108.

¹⁵⁸⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales...*, op. cit., p. 26.

subordinada¹⁵⁸⁶. Y es que puede darse el caso de atribuciones patrimoniales que se dan en el marco de una relación laboral, pero cuya causa de atribución técnicamente reside fuera del contrato de trabajo.

Pues bien, a nuestro entender, en el caso de las contribuciones empresariales a planes de pensiones la causa de su atribución ha de buscarse fuera del contrato de trabajo, y de ello deriva también su carácter extrasalarial¹⁵⁸⁷. Cabe considerar que su atribución se encuentra vinculada a la función económico-social de relevancia jurídica del contrato colectivo de previsión representado por el plan de pensiones¹⁵⁸⁸. Este contrato ostentaría una causalidad específica distinta de la de los contratos de trabajo, que atendería a una finalidad previsora diferente de la prestación profesional de los servicios. Las aportaciones empresariales se integrarían en la lógica de previsión del contrato de autoaseguramiento colectivo en que consiste el plan de pensiones¹⁵⁸⁹, de ahí que se postule que las obligaciones contributivas del promotor no sean dependientes funcionalmente de la dinámica de los contratos de trabajo, ostentando una relativa autonomía en su desenvolvimiento vital¹⁵⁹⁰. Reténgase, por ejemplo, que el vínculo laboral no siempre resulta determinante a efectos de la realización por el promotor de aportaciones al plan. Así, el art. 25.2, párrafo 2º RFPF prevé la posibilidad de la incorporación como partícipes de trabajadores que hubieran extinguido la relación laboral con el promotor si se mantuvieran con éstos compromisos por pensiones que se pretendan instrumentar en el plan, lo que evidencia la existencia de contribuciones empresariales que ninguna relación guardan con la vigencia de la relación laboral y la correspondiente prestación de servicios. En todo caso, hay que matizar que esta relativa desconexión que se postula entre ambas causas, la del contrato colectivo de previsión y la de los contratos de trabajo, no impide la existencia de una interdependencia entre la relación laboral o situaciones jurídicas estatutarias y el plan de pensiones. Y es que el vínculo laboral resulta determinante a efectos del encuadramiento del empleado al plan, así como la pervivencia del mismo permite su pertenencia activa.

¹⁵⁸⁶ Para FERNÁNDEZ AVILÉS “el vínculo laboral es complejo y no todas las atribuciones patrimoniales tienen estrictamente su causa en el contrato de trabajo en sentido técnico-jurídico” (*Configuración jurídica..., op. cit.*, p. 108).

¹⁵⁸⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica..., op. cit.*, p. 111.

¹⁵⁸⁸ En línea con lo propuesto tempranamente por MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones..., op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁸⁹ Estaríamos “ante percepciones económicas de carácter extrasalarial y de previsión social, que vienen a compensar o a sustituir a aquellos supuestos en que el trabajador pierde los ingresos y rentas que sí tienen su causa directa en el contrato de trabajo, teniendo una causa distinta a la estricta contraprestación de servicios laborales” (VV. AA.: *La previsión social complementaria..., op. cit.*, p. 145).

¹⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 77.

2.º *La imputación de titularidad de las aportaciones del promotor al partícipe no es de carácter laboral o salarial: tales aportaciones están vinculadas en términos de principio a una finalidad previsora*

Una vez identificada la causa de la atribución patrimonial (aportaciones de previsión) efectuada por el empresario a favor del trabajador, la cuál se vincularía a la función económico-social del plan y no tanto en estricta correlación con la prestación laboral, habría que considerar que la imputación de la titularidad de las aportaciones empresariales no tiene naturaleza laboral o salarial, sino más bien una naturaleza indemnizatoria o resarcitoria¹⁵⁹¹. Habría que entender que las contribuciones del promotor están conectadas en términos de principio a la finalidad previsora del plan, en la medida en que se destinan a crear un fondo que permita en su momento la satisfacción de las prestaciones de previsión a los empleados-partícipes, por lo que cumplen una función de claro signo indemnizador o resarcitorio¹⁵⁹².

Esta vinculación funcional y causal de las aportaciones al fin de provisión del plan y, por tanto, a las prestaciones por él dispensadas, se deduciría de forma clara del sistema jurídico-positivo. Por un lado, el art. 8.1 TRLFP establece un principio de equivalencia entre las aportaciones y las prestaciones futuras de los beneficiarios que todo sistema financiero y actuarial de capitalización que está en la base de estos mecanismos de previsión debe atender. Correlación que se derivará de las condiciones contractuales pactadas y de los resultados del sistema de capitalización empleado (art. 17.2, párrafo 2º RFPF). Por otro lado, las aportaciones servirían igualmente para la determinación de los derechos consolidados del partícipe (conforme al art. 17.2 RFPF las aportaciones realizadas por cada partícipe, directas o imputadas, con las prestaciones previstas y con el régimen financiero-actuarial aplicable en el plan de pensiones, se cuantificarán los derechos consolidados). Por tanto, se deduce de estas previsiones normativas que las aportaciones sirven de base para el cálculo de los derechos consolidados de los partícipes, de acuerdo con el régimen financiero-actuarial de cada plan, y que éstos últimos determinan las prestaciones cuando acontezcan las contingencias previstas. En suma, aportaciones y prestaciones quedan conectadas en el marco funcional, causal y estructural del contrato colectivo de previsión en que consiste el plan de pensiones¹⁵⁹³.

¹⁵⁹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La protección complementaria”, en RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 7.ª ed., 2005, pp.

¹⁵⁹² MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 296.

¹⁵⁹³ Como indica MONEREO PÉREZ “el régimen financiero unitario de los Planes de Pensiones se integraría necesariamente por aportaciones (técnica contributiva instrumental) y prestaciones (medida protectora específica)” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 78).

Esta vinculación entre aportaciones y prestaciones resulta decisiva a efectos de la consideración salarial o no de la imputación de titularidad de las aportaciones del promotor al partícipe que se infiere del sistema jurídico-regulador de los planes de pensiones (arts. 8.4 TRLPFP y 17.1 RPPF). La atribución de esta titularidad de forma individualizada a los partícipes respecto de los recursos financieros del plan ha servido para justificar la existencia de una finalidad remunerativa en el marco del contrato laboral, ya que los trabajadores-partícipes del plan obtienen una ventaja económica cuantificable desde el mismo momento en que las contribuciones empresariales de previsión se integran en el fondo. Por tanto, estas aportaciones que el promotor se compromete a realizar podrían constituir una remuneración directa del trabajo realizado, por mucho que tales recursos no se encuentren disponibles al hallarse adscritos a un fin de previsión que no se perfecciona hasta un momento posterior¹⁵⁹⁴. Sin embargo, a nuestro juicio, la respuesta debe ser diferente, ya que la imputación de titularidad de las aportaciones del promotor al partícipe es básicamente instrumental a efectos tanto de su tratamiento fiscal¹⁵⁹⁵ como de su adscripción a un fin de provisión, esto es, de constitución de una forma de ahorro-pensión y procura de garantías de percepción futura de prestaciones¹⁵⁹⁶. Por ello, no se pueden relativizar en este punto los fuertes condicionamientos que impone el sistema jurídico-positivo a la disponibilidad de los derechos consolidados de los partícipes, ni mucho menos la inexistencia de un derecho de rescate de las aportaciones¹⁵⁹⁷. En modo alguno resulta indiferente que el desplazamiento patrimonial que efectúa el promotor a favor del trabajador se vea fuertemente limitado en cuanto a su disposición en atención a la lógica de previsión en que tales recursos se insertan¹⁵⁹⁸. Más bien, habría que pensar que las contribuciones de los promotores a los partícipes, y la correspondiente atribución de su titularidad, no adquiere relevancia jurídica salarial, en estricta correlación con la prestación laboral, puesto que (se reitera, de nuevo) la causa última de su abono es de naturaleza previsora¹⁵⁹⁹. La iliquidez de los derechos

¹⁵⁹⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 495-496.

¹⁵⁹⁵ El art. 27 TRLPFP establece como *conditio iuris* para la deducibilidad fiscal de las contribuciones empresariales el que éstas sean imputadas a cada partícipe del plan.

¹⁵⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁵⁹⁷ Para GONZÁLEZ ORTEGA la inexistencia de un derecho de rescate no puede menospreciarse a la hora de determinar la naturaleza salarial de las aportaciones de las empresas al plan (“Los planes y fondos...”, *op. cit.*, p. 96). En idéntico sentido, FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L.: “Mejoras voluntarias de protección...”, *op. cit.*, p. 101.

¹⁵⁹⁸ El propio art. 8.8 TRLPFP difiere la exigibilidad jurídica de los derechos económicos consolidados por el partícipe hasta el momento en que tiene lugar el hecho pensionable, contemplando únicamente la posibilidad de hacer efectivos estos derechos con anterioridad en los “supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave”.

¹⁵⁹⁹ Como ha indicado la STS 22 julio 2003 (AL 2004, 172) “la causa remuneratoria, directamente relacionada con el trabajo efectivo, que es propia de las contraprestaciones salariales, aparece hasta cierto punto desdibujada (...)”.

económicos de los partícipes en el marco del sistema de previsión no resulta indiferente a estos efectos, son una prueba más de que la adscripción de las contribuciones al fondo se hace con miras a la actualización de las situaciones pensionables, y no tanto en contraprestación causal recíproca del trabajo prestado por cuenta ajena¹⁶⁰⁰.

No cabe duda de que los compromisos por pensiones asumidos por el empresario con sus trabajadores pueden adquirir cierta relevancia en el marco de las funciones gestionales de la empresa, con una evidente repercusión en la renta total del factor del trabajo¹⁶⁰¹, pero de ningún modo consideramos que pueden adquirir connotaciones salariales estrictas. La posibilidad de que de la participación financiera del promotor en el plan se pueda deducir una finalidad remuneratoria podría darse en el marco de una concepción económica del salario que haría de las contribuciones empresariales una parte más del coste global del factor trabajo, pero resultaría difícil inferirla del conjunto del ordenamiento jurídico-salarial y menos aún del de los planes de pensiones, dado que en este último caso adquiere un carácter preeminente la función económico-social del contrato colectivo de previsión. Tampoco la ampliación actual del concepto de salario por obra jurisprudencial, en el caso de las *stock options*, puede servir de justificación para la apreciación del carácter salarial de las aportaciones a un plan de pensiones. Pese a que guardan con la participación retributiva del trabajador en la empresa cierto paralelismo¹⁶⁰², en modo alguno resultan plenamente equiparables en este punto. En el supuesto de las opciones sobre acciones se podría postular su dimensión salarial, al tratarse de remuneraciones mediatamente conectadas con el trabajo (retribución indirecta)¹⁶⁰³. En el caso de las aportaciones empresariales a planes de pensiones se diluye el dato legislativo de la causalidad inmediata –por razón de- o mediata –en virtud de-, estando más bien ante un tipo de relación accesoria –con ocasión- de la prestación laboral. Por ello, cabría considerar que las contribuciones empresariales de previsión se encuadrarían en el ámbito de los beneficios extrasalariales –fringe benefits o employee benefits- o salario diferido¹⁶⁰⁴, entendidos como

¹⁶⁰⁰ MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas tendencias...*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁶⁰¹ *Vid.* GUERRERO CASAS, F. y LUCAS LEÓN, G.: “Planes de pensiones, actividad económica...”, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

¹⁶⁰² LUJÁN ALCARAZ, J.: “La participación retributiva de los trabajadores en la empresa” en VV. AA. (Aparicio Tovar, J. coord.): *Estudios sobre...*, *op. cit.*, pp. 59-60. Considera este autor “que, aunque es cierto que de los mismos cada trabajador obtiene una ventaja económica actual o futura, falta en ellos la vinculación entre remuneración y situación y resultados de la empresa característica del fenómeno de la participación retributiva. Especialmente claro resulta en el caso de los planes y fondos de pensiones integrados en la llamada Seguridad Social complementaria” (*Ibidem*, p. 60).

¹⁶⁰³ Como indica MOLINA NAVARRETE, el hecho de que “como retribución complementaria constituya una forma de prestación indirecta o mediatamente vinculada al desarrollo de la prestación no excluye su carácter salarial” (“La dimensión jurídico-salarial...”, *op. cit.*, p. 55).

¹⁶⁰⁴ “...los planes de pensiones responden a la idea de ahorro o salario diferido”. *Vid.* STS Cont.-Adm. 4 julio 2001 (*RJ* 2001, 6162). En esta línea, entre otros, MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas*

las percepciones económicas que se obtienen de forma aplazada a partir del de la fecha del hecho causante de la pensión, pero que no se encuentran conectados causalmente con el trabajo prestado¹⁶⁰⁵.

3.º La enumeración que contiene el apartado 2º del art. 26 ET ha de considerarse abierta y no taxativa: las contribuciones del promotor al plan son percepciones extrasalariales no reconducibles a prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social

Negada una naturaleza salarial para el caso de las aportaciones empresariales de previsión se ha considerado que para fundamentar su carácter extrasalarial resulta en todo punto obligado su inclusión en alguna de las categorías previstas en el art. 26.2 ET¹⁶⁰⁶. En apoyo de esta aseveración se aduce una asentada doctrina jurisprudencial que se mueve en la línea de valorar las excepciones legales previstas en el mencionado precepto como de carácter tasado¹⁶⁰⁷. Sin embargo, no es éste un obstáculo insalvable a tenor de lo que los mismos defensores de la naturaleza salarial de las aportaciones del promotor a un plan preconizan en este punto, esto es, la evolución experimentada por la “compensación laboral total”¹⁶⁰⁸. Así, no puede haber inconveniente en considerar que las contribuciones efectuadas por el empresario en el marco de un sistema complementario de previsión no deban calificarse como salario, pese a no figurar expresamente en el listado de percepciones extrasalariales del art. 26.2 ET. Habría que entender que serían extrasalariales no sólo las percepciones económicas que encajen perfectamente en alguno de los tipos de percepciones extrasalariales expresamente previstos por el legislador, sino también aquellas ventajas, valubles económicamente, cuya atribución por el empresario venga determinada por una causa cierta y totalmente ajena a la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta del empresario¹⁶⁰⁹. Al respecto, cabría apuntar que una lectura en sentido contrario del art. 26.1 ET avalaría esta interpretación, ya que éste atribuye la noción de salario únicamente a las percepciones económicas que reciba el trabajador por razón de la prestación profesional de los servicios

tendencias..., *op. cit.*, p. 151; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario de...”, *op. cit.*, p. 1015 y MATEU ROS CEREZO, R.: “Planes y fondos...”, *op. cit.*, p. 2395.

¹⁶⁰⁵ Resulta ya clásica la definición proporcionada por MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶⁰⁶ En este sentido, ALMANSA PASTOR, para quién las exclusiones legales tenían un carácter excepcional, lo que comportaba el carácter tasado de los supuestos y la inaplicabilidad de la analogía (“La obligación salarial” en VV. AA.: *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, Universidad de Valencia, 1976, p. 94). En la misma línea, COLINA ROBLEDO, A.: *El salario*, Valencia, CISS, 1995, pp. 25-26 y ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Bilbao, Deusto, 1992, p. 21.

¹⁶⁰⁷ Así, las SSTS 26 junio 1995 (*RJ* 1995, 5227), 1 abril 1996 (*RJ* 1996, 2969) y 3 mayo 1996 (*RJ* 1996, 4372).

¹⁶⁰⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales...*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 78.

laborales por cuenta ajena, excluyéndose del salario toda cantidad percibida con carácter indemnizador¹⁶¹⁰ o, en definitiva, sin una conexión causal con sus obligaciones laborales. De esta forma, si el primer apartado del art. 26 ofrece una vía positiva para la delimitación del salario, en el segundo de sus apartados nos encontramos ante el método negativo, pero ambos son complementarios y juegan el papel que poseen las dos caras de la misma moneda, de ahí que haya que postular el carácter abierto y no taxativo de la enumeración contenida en el apartado 2º del art. 26 ET¹⁶¹¹. En suma, si falta la vinculación causal de la atribución patrimonial con la prestación laboral o resulta preeminente sobre la causa remuneratoria una causa de naturaleza distinta, la percepción será extrasalarial¹⁶¹²

Por otro lado, habría que descartar la inclusión de las aportaciones de previsión en la categoría de “prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social” del art. 26.2 ET. La equiparación que la jurisprudencia ha realizado en este punto entre el régimen legal de las mejoras voluntarias y las aportaciones empresariales a un plan de pensiones resulta un argumento de escasa consistencia en lo que a la naturaleza extrasalarial de estas últimas se refiere. La imposibilidad de asimilar ambos regímenes de previsión, en atención a la naturaleza privada de las aportaciones del promotor frente al prisma iuspublicista con que han sido concebidas las mejoras, impediría cualquier intento de reconducción de las primeras al apartado de cotizaciones o prestaciones de la Seguridad social en el sentido del art. 26.2 ET.

4º La calificación como partida extrasalarial de las contribuciones empresariales no está ausente de connotaciones jurídico-laborales o de política socio-laboral

Pese a la calificación como extrasalarial de las percepciones o beneficios que percibe el trabajador “con ocasión” –no como causa- de su prestación de servicios, hay que tener en cuenta que en las mismas está presente una indudable dimensión jurídico-laboral. En otras palabras, la inexistencia de connotaciones salariales en las atribuciones patrimoniales de previsión a favor de los empleados-partícipes no supondrá respecto de las mismas que se descarten determinadas implicaciones de naturaleza laboral. Así, tres aspectos evidenciarían esta afirmación. De un lado, como

¹⁶¹⁰ Para MONEREO PÉREZ “de la propia definición *funcional y causal del salario* ex art. 26.1 LET se deduce que salario e indemnización son dos conceptos contrapuestos que se repelen mutuamente desde el punto de vista jurídico-positivo y en el plano de la teoría jurídica” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 83). En la misma línea, MOLINA NAVARRETE recuerda que “junto a normas particulares incluyentes existe una norma general excluyente: no son calificables como salario las percepciones que no tengan causa remuneratoria sino indemnizatoria o compensatoria, más allá de las contempladas en el artículo 26.2 LET” (“La dimensión jurídico-salarial...”, *op. cit.*, p. 47).

¹⁶¹¹ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto...*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁶¹² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales...*, *op. cit.*, p. 78.

ya se ha puesto de manifiesto, los planes de pensiones se convierten en un objeto típico de la negociación colectiva, lo que implicará que los mismos entren a formar parte, en general, de la contratación de la renta global del trabajo, compuesta por la masa de salarios directos y el llamado salario social o indirecto. De ahí que nos encontremos ante la posibilidad de que tengan lugar procesos de sustitución e intercambiabilidad entre todos los elementos del salario en su conceptualización económico-social amplia, sin que por ello deba considerarse como tal a aquella parte del mismo de estricta naturaleza extrasalarial en el sentido técnico-jurídico. Y es que cabe recordar que el hecho de que los planes sean objeto de contratación colectiva no implica que deban tener la condición de salario, su naturaleza seguirá siendo, en principio, de carácter extrasalarial¹⁶¹³. Así, queda sustraído a la autonomía (individual o colectiva) el concepto de lo que es salario, haciéndose prevalecer la aplicación jurisprudencial de un criterio realista sobre la calificación salarial por encima de la denominación convencionalmente atribuida por las partes negociadoras¹⁶¹⁴. Por otro lado, como ya quedó apuntado, la naturaleza no salarial de las contribuciones empresariales de previsión no va a impedir que las mismas formen parte del concepto amplio de retribución que rige en el derecho comunitario a efectos de la aplicación del principio de prohibición de discriminación por razón de sexo. Por último, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, a las contribuciones empresariales les resultará de aplicación algunas de las garantías jurídicas que el ordenamiento laboral proporciona en orden a la protección de los derechos de previsión ante las vicisitudes jurídicas de la relación de trabajo.

B) La naturaleza salarial de las aportaciones directas de los partícipes

La posibilidad de que el plan contemple la participación de los partícipes en la financiación del régimen de previsión, ya sea de forma obligatoria o voluntaria, nos obliga a preguntarnos acerca de la naturaleza jurídica de las aportaciones de aquéllos. Y así, aparte de algún

¹⁶¹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 267. De ahí que no se pueda estar de acuerdo con la propuesta planteada por alguna autora en la que considera determinante a efectos de la reputación de carácter salarial a las aportaciones empresariales en función de la forma con que las mismas se articulen en el ámbito negociador, de modo que, a su juicio, existirían indicios sobre la naturaleza salarial de aquéllas cuando se detraigan de la nómina del trabajador, coincidan con una disminución de las cuantías salariales hasta el momento percibidas o si su negociación se condiciona a una congelación salarial, si siguen sistemas de cálculo o actualización en la fijación de su cuantías iguales a los utilizados para el cálculo de las cuantías salariales o, especialmente, cuando la aportación viene impuesta y aplicada obligatoriamente por convenio colectivo. *Vid.* SÁNCHEZ TORRES, E.: “Naturaleza jurídica de las...”, *op. cit.*, p. 428.

¹⁶¹⁴ En doctrina del TCT “la naturaleza de los distintos elementos que componen la retribución de los trabajadores no está en función de lo que las partes hayan podido acordar o de la denominación que le asignen, en una calificación jurídica más o menos acertada, sino de su verdadera esencia y finalidad, contemplada a luz de las normas” [25 mayo 1987 (*RTCT* 1987, 10920)]. En la misma línea, el Tribunal Supremo ha considerado que “es preciso atender a la realidad salarial y no a la calificación que las partes le den” [2 noviembre 1989 (*RJ* 1989, 7791)].

pronunciamiento judicial aislado del TJCE en el que se pone de relieve que las aportaciones de los trabajadores “constituyen un componente de la retribución del trabajador, dado que afectan directamente al salario”¹⁶¹⁵, se puede sostener que la participación financiera de los empleados-partícipes en el plan ostentaría naturaleza salarial, si en la misma se produce una mediación en el pago por parte del promotor, tal como se prevé en el art. 5.2, párrafo 3º RPPF. Si el empleador se encarga de descontar de la nómina del trabajador la aportación personal de éste, habría que entender que la misma ostenta carácter salarial¹⁶¹⁶. Ahora bien, otra cosa es el supuesto del partícipe que realiza directamente la aportación, sin intervención en el pago del promotor. En este caso, resultaría más difícil sostener aquella opinión, ya que no existe la certeza de que la cuantía aportada corresponda al salario percibido por el trabajador¹⁶¹⁷.

1.3. La determinación de la cuantía de las contribuciones y aportaciones: su tipología y la participación individual del partícipe en su concreción y modificación

El sistema financiero del plan, con el tipo de aportaciones a realizar y los sujetos obligados a ello, es una de las cuestiones que mayor atención merecen en los reglamentos de planes de pensiones. No en vano, se trata de un aspecto que el TRLFPF deja en manos de los sujetos constituyentes del mecanismo de previsión. Su art. 8.3 es sumamente expresivo de la autonomía otorgada al plan a la hora de determinar el régimen de financiación del mismo, al indicar que “las contribuciones o aportaciones se realizarán por el promotor o promotores y por los partícipes, respectivamente, en los casos y forma que, de conformidad con la presente Ley, establezca el respectivo plan de pensiones, determinándose y efectuándose las prestaciones según las normas que el mismo contenga”. Aparte de lo que, en su caso, pudiera quedar predeterminado en este punto por la norma colectiva de origen, lo cierto es que del precepto anterior se deduce que corresponderá al plan concretar, al menos, los siguientes aspectos: primero, el tipo de contribuciones y, en su caso, de aportaciones a realizar; segundo, su cuantía y, más específicamente, su modo de cálculo y su posible revisión; tercero, la periodicidad y forma de pago de aquéllas; y,

¹⁶¹⁵ STJCE 22 diciembre 1993, Asunto 152/91, *David Neath contra Hugh Steeper LTD*, Rec. 1993, p. I-6935, aptdo. 31º. En la misma línea, STJCE 11 marzo 1981, Asunto 69/80, *Worringham*, Rec. p. 767.

¹⁶¹⁶ Para MONEREO PÉREZ las aportaciones directas del empleado-partícipe deben reputarse, en general, como salario, ya que “éstas en su cuantía formaron parte del salario actual del trabajador minorando directa o inmediatamente el importe de su retribución” (*Público y privado...*, *op. cit.*, pp. 258-259). En la misma línea, GARCÍA BECEDAS, G.: “La Seguridad Social complementaria...”, *op. cit.*, p. 44 y ROMERO BURILLO, A. M.ª: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 354.

¹⁶¹⁷ Así lo entiende SUÁREZ CORUJO, quién considera que desde el momento en que el trabajador “percibe la remuneración, tales recursos pasan a formar parte de su patrimonio personal sin que tenga ya relevancia el concepto en virtud del cual se produjo el ingreso” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 507).

cuarto, la posibilidad de su modificación y suspensión. Aspectos todos ellos, de los que se da cuenta a continuación, y en los que cabe reiterar de nuevo que el legislador no ha establecido indicación alguna al respecto, salvo en el supuesto del límite máximo de aportaciones y contribuciones al plan, lo que conlleva que los promotores y los partícipes puedan pactar y configurar su participación financiera en el plan con un amplio margen de libertad. Precisamente, con respecto a esta facultad que los sujetos participantes del plan ostentan para determinar el régimen financiero del mismo, habrá que preguntarse por la existencia o no de un campo de actuación individual reservado al partícipe a la hora de decidir el tipo, la cuantía y la eventual modificación de las aportaciones, especialmente cuando el plan haya sido objeto de implantación a través de un convenio o acuerdo colectivo.

El primero de los elementos señalados, en cuanto al régimen financiero del plan, nos lleva al análisis de la diversa tipología que las contribuciones y aportaciones de un plan de pensiones puede ofrecer y que corresponderá a los sujetos constituyentes determinar. Así, con respecto a la carga financiera que el promotor debe asumir resulta oportuno distinguir, al menos, tres tipos de contribuciones: por un lado, las iniciales, que serán aquellas cantidades que, en un primer momento y de una sola vez, el promotor o los promotores deciden desembolsar en el fondo en el que se integra el plan¹⁶¹⁸; por otro, las ordinarias, que serán aquellas cantidades que el promotor o los promotores se han comprometido a hacer efectivas con cierta regularidad (mensual, trimestral, etc.) a favor de los partícipes; y, por último, las extraordinarias, que serán aquellas que así se hayan previsto por el plan en atención a diversas circunstancias¹⁶¹⁹ o que resulten preceptivas, conforme al art. 5.3.d) LPFP, “para garantizar las prestaciones en curso o los derechos de los partícipes de planes que incluyan regímenes de prestación definida para la jubilación y se haya puesto de manifiesto, a través de las revisiones actuariales, la existencia de un déficit en el plan de pensiones”.

Con respecto a los partícipes, cabe diferenciar dos tipos de aportaciones, a saber, obligatorias, en la medida en que las especificaciones del plan contemplen un deber de contribución del partícipe y, voluntarias, las cuáles corresponderá fijar a éste, bien con absoluta libertad o bien bajo determinadas condiciones. Como es lógico, ambas modalidades pueden resultar compatibles, si así se contempla en el plan. El que existan planes

¹⁶¹⁸ Sirvan de ejemplos los artículos 22.6 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del personal de la Universitat Jaume I de Castelló* (9 noviembre 2004) y 30.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Sistema de Empleo a favor de los empleados de la Autoridad Portuaria de Melilla* (Junio 2005).

¹⁶¹⁹ Resulta bastante frecuente que este tipo de aportaciones se efectúen como complemento de las de carácter ordinario y en favor de trabajadores de edad avanzada. *Vid.* Disp. Trans. 2ª de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Promoción Conjunta de los Trabajadores del Comercio de Flores y Plantas* (26 octubre 2005).

en los que el partícipe esté obligado a contribuir económicamente no impide que en el mismo se prevea el que éste pueda realizar aportaciones voluntarias, entendidas éstas como aquellas que decida cada partícipe y que son comunicadas directamente por éste y, en su caso, aceptadas por la comisión de control. Desde luego, el reconocimiento de esta facultad –que también se podrá contemplar, como es lógico, en los planes no contributivos- permitiría a los partícipes aumentar las aportaciones directas y/o imputadas y, por tanto, incrementar el conjunto de sus derechos consolidados¹⁶²⁰.

El segundo de los aspectos apuntados, en concreto, la determinación de la cuantía de las aportaciones y contribuciones, va a estar condicionado por la modalidad del plan de pensiones por la que opten los sujetos constituyentes del mismo, dado que en el caso de un plan de prestación definida aquéllas se realizarán en la cuantía que se determine en el correspondiente estudio actuarial¹⁶²¹. Lo mismo cabe decir en el supuesto de los planes mixtos, en los que se combinan aportaciones y prestaciones definidas, de manera que para las segundas la aportación correspondiente será el resultado de los cálculos actuariales pertinentes¹⁶²². Distinto será el plan de aportación definida en el que lo que queda predeterminado es la cuantía de la contribución a realizar por el promotor y, en su caso, por los partícipes, siendo la prestación el resultado del sistema de capitalización utilizado, concretándose la misma en el momento del acaecimiento de la contingencia objeto de cobertura¹⁶²³.

En el caso de este último tipo de planes, mayoritario por otra parte en el ámbito de los regímenes complementarios de base profesional, el art. 16.a), párrafo 2º RFPF establece una serie de indicadores, a título de ejemplo, a efectos del cálculo de la contribución y de la aportación al plan. En concreto, señala que la participación financiera del promotor y, en su caso, del partícipe podrá fijarse en términos absolutos o en función de otras magnitudes como salarios, flujos empresariales, cotizaciones a la Seguridad Social u otros conceptos referenciables. Pues bien, teniendo en cuenta esto, los reglamentos de planes de pensiones han optado, de forma general, por determinar la contribución del promotor al plan en base a cuatro criterios. Primero, como resultado de aplicar un porcentaje¹⁶²⁴ al salario regulador o

¹⁶²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Las especificaciones de los planes...*, op. cit., p. 61.

¹⁶²¹ Un ejemplo ilustrativo se puede encontrar en el *Reglamento de Especificaciones de Mutua Universal, Plan de Pensiones* (Noviembre 1994).

¹⁶²² Véanse al respecto, las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones para los empleados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (Ibercaja)* (31 Octubre 2001); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Natural SDG, S.A.* y el *Reglamento del Plan de Pensiones de CAI-Empleo*.

¹⁶²³ MICHAVILA, J. M.ª: “Naturaleza y tipología...”, op. cit., p. 65.

¹⁶²⁴ A modo de ejemplo, un 7 por 100 de la retribución fija anual del partícipe más el 3 por 100 de su retribución variable anual (art. 29.1. de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Caja Madrid*); un 6,87 por 100 del salario regulador del partícipe cuya fecha de ingreso en Telefónica

pensionable del partícipe, el cuál será la cantidad que, fijada individualmente para cada uno de los partícipes del plan, servirá de base para el cálculo de las aportaciones. De tal manera que los reglamentos de planes de pensiones suelen incluir entre los conceptos retributivos que forman parte del salario o haber regulador: el salario base y el conjunto de los complementos de naturaleza personal y de puesto de trabajo que perciba el trabajador¹⁶²⁵. Como es lógico, las partes negociadoras del plan son libres para determinar qué conceptos retributivos deben integrar el salario regulador de las aportaciones obligatorias y/o voluntarias, de modo que

España sea anterior al 1-7-92 y un 4,51 por 100 para los ingresados con posterioridad al 30-6-92 (art. 21.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica*); de un 5 por 100 aplicable al salario pensionable (art. 39 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Mahou, S.A.*) o de un 3,5 por 100 del salario computable (art. 14 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Distribución*).

¹⁶²⁵ Distinta consideración merecen las gratificaciones extraordinarias, de modo que en algunos casos sí formarán parte del salario pensionable (art. 20 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S.A.* y art. 16.5 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona*) y en otros no (art. 28.2.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de BAT España, S.A.*; art. 20.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Productos Roche* y art. 2.16 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de ENUSA Empresa Nacional del Uranio, S.A.*). Lo mismo ocurre en el supuesto de las cantidades de naturaleza extrasalarial percibidas por el partícipe, ya sean dietas, gastos de locomoción, quebranto de moneda, plus de distancia y transporte etc., de forma que en algunos casos se incluyen sin excepción (*Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Polestar Heliocolor*) y, en otros, los más numerosos, no se admite su consideración como salario computable (art. 14, apart. 1º del *Reglamento del Plan de Pensiones de Cerestar Ibérica*; art. 3.8. del *Reglamento del Plan de Pensiones “Grupo Seguros Bilbao Empleados”*; art. 29 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de la Sociedad Española del Acumulador Tudor, S.A.* y art. 1.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.A.*). En todo caso, lo habitual será que la citada base reguladora que sirva para calcular las aportaciones se fije tomando como referencia los conceptos retributivos establecidos en el convenio colectivo de aplicación. Al menos, así aparece expresamente reconocido en algunos Reglamentos de Planes de Pensiones (art. 16.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Retevisión*, art. 1.6 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Enagás, S.A.* y art. 25 del *Reglamento del Plan de Pensiones “Extremadura-Plan de Pensiones Empleados Caja de Ahorros de Extremadura”*). En estos casos, se prevé, incluso, el salario regulador aplicable a los trabajadores no incluidos en el convenio colectivo correspondiente (art. 2.15 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Bridgestone Firestone Hispania*), siendo especialmente significativo el supuesto de los trabajadores de alta dirección (art. 16.3.b) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Retevisión*). De todas formas nada impediría que el salario pensionable se pudiera fijar sin tener en consideración lo establecido por la negociación colectiva. Hay que hacer notar que lo normal será tomar como salario regulador la retribución bruta del trabajador –o sueldo real como se denomina en muchos Reglamentos de Planes de Pensiones–, con lo que no se tendrían en cuenta los descuentos salariales pertinentes, aunque también nos podemos encontrar con Planes que toman en cuenta, a efectos del cálculo de las aportaciones, la masa salarial neta que percibe el partícipe (art. 18.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Ayuntamiento de Fuenlabrada*). Asimismo, hay especificaciones de Planes de Pensiones que admiten una revisión del salario pensionable si se modificaran las condiciones salariales del partícipe, procediéndose, en tal caso, a las regularizaciones oportunas (art. 26.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja Provincial de Jaén*, art. 26.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Caja de Ahorros de Salamanca* y art. 26.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones del personal de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja*). Por último, en los casos de suspensión temporal de la relación laboral con el promotor por Incapacidad Temporal, Maternidad, Riesgo durante el embarazo y Adopción o Acogimiento e, incluso, para los supuestos de permisos sin sueldo inferiores a 30 días, se establece como salario regulador, a los efectos de realización de las aportaciones, el último inmediatamente anterior al pase a dicha situación (art. 14. Apart. Uno del *Reglamento del Plan de Pensiones de Cerestar Ibérica* y art. 21.2.1.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica*).

aquéllas no están sometidas a limitaciones (relacionadas con su naturaleza salarial o extrasalarial) cuando se trata de concretar el contenido de la participación financiera al plan de pensiones¹⁶²⁶. Segundo, como una aportación global consistente en una cuantía fija¹⁶²⁷ por partícipe. Tercero, tomando como referencia las bases de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes del trabajador¹⁶²⁸. Y, cuarto, que la obligación de aportación del promotor esté ligada al devenir de la empresa y, en concreto, a los beneficios empresariales correspondientes al ejercicio económico inmediatamente anterior al momento del inicio de la contribución¹⁶²⁹.

En el caso de los partícipes, las especificaciones de los planes de pensiones admiten generalmente tres formas de contribución: la aplicación de un porcentaje a su salario regulador, el abono de una cantidad única anual o, incluso, la aportación a elección de aquéllos de una cantidad periódica anual, semestral, trimestral o mensual¹⁶³⁰.

Otra de las cuestiones que queda en manos de los reglamentos de planes de pensiones es la periodicidad y forma de pago de las aportaciones.

¹⁶²⁶ Para el Tribunal Supremo, los interlocutores sociales no pueden atribuir a un concepto retributivo naturaleza distinta de la que le es propia. Sin embargo, se trata de una limitación que juega estrictamente respecto de las obligaciones laborales y de cotización establecidas por ley. Ello significa, que la autonomía colectiva no está sometida a limitaciones cuando se trata de determinar el contenido de una mejora de Seguridad Social. Por ello, en el caso concreto de la posible integración de un premio por servicios pasados en el concepto del salario regulador que establece el art. 21 del Reglamento del Plan objeto del litigio vino a considerar que lo determinante no era su naturaleza salarial o extrasalarial sino la voluntad inequívoca de los negociadores de la mejora para su inclusión en aquél concepto, cuestión que no se daba a tenor de la concreta configuración del mismo [STS 22 julio 2003 (*AL* 2004, 172)]. Igualmente, sobre si un complemento de puesto de trabajo destinado a compensar las horas extraordinarias y primas de salida del trabajador debía tenerse en cuenta a efectos de la determinación del salario regulador, véase STSJ Aragón 17 septiembre 2001 (*J* 2001, 2026).

¹⁶²⁷ Véanse, al respecto, art. 24.2.1 del *Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros de Sabadell*, art. 21.2.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja San Fernando de Sevilla y Jerez* (Mayo 1998), art. 24.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleados de Caja de Ahorros de Navarra*, art. 21.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Caja Cantabria*, art. 14 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Diputación Provincial de Huelva* (Octubre 1999) y art. 8.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Ayuntamiento de Palencia*.

¹⁶²⁸ Lo más habitual será que junto a una contribución general consistente en aplicar un porcentaje sobre el salario regulador devengado que corresponda a cada partícipe, se practique una aportación adicional que será el resultado de aplicar otro porcentaje sobre la diferencia entre el salario regulador y las bases de cotización de la Seguridad Social correspondiente a ese mismo partícipe (art. 13 del *Reglamentos del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.A.* y art. 9.3 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de General Óptica, S.A.*)

¹⁶²⁹ Un supuesto singular es el *Reglamento del Plan de Pensiones de J. García Carrión* que prevé en su art. 11 una aportación consistente en “un reparto lineal por partícipe del 1% del beneficio obtenido por la empresa en la anualidad inmediatamente anterior”.

¹⁶³⁰ Sobre la regulación de estas aportaciones voluntarias se puede consultar, el art. 21.2.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Febrero 2005); art. 18.4 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Oncensión I* (29 Octubre 1999); art. 30 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002); art. 31 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.* (9 Julio 2001); art. 20.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Productos Roche* (5 Noviembre 1999), art. 41 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Mahou, S.A.* (Agosto 2001) y art. 37 del *Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A.*

Así, lo más habitual será que éstas se devenguen mensualmente¹⁶³¹ y se ingresen en el fondo al final de cada mes¹⁶³², pero también podemos encontrar soluciones distintas, de manera que las aportaciones calculadas se puedan realizar por trimestres postpagables¹⁶³³, en dos pagos¹⁶³⁴ o de forma anual¹⁶³⁵. En este sentido, en algunos reglamentos se prevé la aplicación de un tipo de interés en el supuesto de que se produzca una demora en el abono de las aportaciones¹⁶³⁶.

Finalmente, también al plan corresponderá prever las causas y circunstancias que faculten a los partícipes para modificar o suspender sus aportaciones, así como la incidencia de tales conductas en la cuantificación de los derechos consolidados y de las prestaciones [art. 6.1.g) TRLFPF]. Sin perjuicio de lo que se dirá sobre esta cuestión más adelante, interesa aquí desarrollar un aspecto que únicamente quedó esbozado más arriba: nos referimos al papel que puede tener el partícipe, considerado individualmente, a la hora de decidir sobre las condiciones de participación en la financiación del plan, entre ellas, como especialmente relevante, la relativa a una eventual modificación de las aportaciones a realizar al sistema de previsión. Desde luego, este problema no se plantea en los casos en los que el plan reconozca expresamente la posibilidad de que los partícipes puedan ostentar un margen de libertad individual para decidir

¹⁶³¹ Vid., entre otros, art. 21.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Caja Cantabria*; art. 8.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Amylum Ibérica* 20 Octubre 1998); art. 21.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones de CajaAntequera-Empleo*; art. 14 del *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002); art. 26.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de CajaCanarias* (31 Diciembre 2000); art. 22.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja Insular de Ahorros de Canarias*; art. 42 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Mahou, S.A.* (Agosto 2001); art. 24.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros de Sabadell*; art. 43.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Transports de Barcelona S.A.* (3 Junio 1999) y art. 9.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de ENUSA Empresa Nacional del Uranio, S.A.* (Mayo 1995).

¹⁶³² Normalmente, se efectuará con fecha de efectos del último día hábil de cada mes natural (art. 42.1 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Prensa Española, S.A.*, art. 16.4 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Retevisión* y 42.1 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Unisys España, S.A.*), o incluso en los primeros días del mes inmediatamente siguiente a aquél a que correspondan (art. 8.4 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Ayuntamiento de Palencia* y art. 28.2 del *Plan de Pensiones de BAT España, S.A.*).

¹⁶³³ En concreto, los días 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre de cada año (art. 29.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* y art. 39.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Realía Business, S.A.*).

¹⁶³⁴ Como indica el art. 19.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Deutsche Bank, S.A.E.*, “la contribución anual se calculará al inicio de cada año y se fraccionará en dos pagos de igual cuantía que se aportarán a los partícipes que se encuentren adheridos al Plan de Pensiones el 1 de enero y el 1 de julio de cada ejercicio”.

¹⁶³⁵ Art.18.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones Oncepensión I* (29 Octubre 1999).

¹⁶³⁶ Así, el art. 42.2 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Unisys España, S.A.* (12 Marzo 2001) y del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Prensa Española, S.A.* recogen el devengo de un tipo de interés anual equivalente al euribor más un punto y medio en el momento de su aplicación. Otras previsiones, en idéntico sentido, se pueden encontrar en los arts. 22.6 y 24.2 del *Reglamento de los Planes de Pensiones “Ayuntamiento de Jerez-Plan de Pensiones”* (Marzo 1999) y el *Reglamento del Plan de Pensiones de los empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* (14 Junio 2001), respectivamente.

sobre las aportaciones a efectuar, sino más bien en otros dos supuestos, a saber: en el caso de que el plan nada prevea sobre esta cuestión, guardando silencio, como en aquél otro en el que el acuerdo colectivo de previsión de origen del plan o sus especificaciones limiten aquella facultad.

En este segundo caso, parece lógico sostener que la norma colectiva que formaliza el plan, como su reglamento, podrían limitar o condicionar la libertad individual del partícipe a la hora de decidir sobre el tipo, la cuantía y la modificación de sus aportaciones, llegando, incluso, a imposibilitar cualquier tipo de actuación singular sobre este aspecto¹⁶³⁷. De hecho, a favor de esta interpretación se podría aducir la inexistencia de límites legales de necesario respeto de parte de los sujetos negociadores del plan que obliguen a reservar un espacio a la actuación individual del partícipe en este punto, como sí ocurre en el caso de la libertad de adhesión (oposición) personal al plan. Nada impediría, por tanto, que en este supuesto el partícipe sólo pudiera decidir y alterar las condiciones de financiación propias en los casos en que la fuente constitutiva del plan le permita.

Idéntica solución merecería la facultad de realización y modificación de aportaciones del partícipe en el supuesto de que el plan nada diga al respecto. Y es que en este caso sí habría que pensar que existen suficientes apoyos legales como para postular el que la existencia de una libertad individual del partícipe en los aspectos señalados sólo será posible de haberse reconocido en la fuente de implantación del plan, ya que tanto del art. 8.3 TRLFPF como del art. 6.1.g) TRLFPF se deduce la necesidad de que sea el plan el que se pronuncie sobre esta cuestión¹⁶³⁸. Se infiere, de ambos preceptos, que corresponde a las especificaciones del plan configurar las condiciones de financiación del mismo, lo que implica que de no preverse una facultad individual del partícipe para decidir la realización de aportaciones y su modificación, ésta no será posible. En suma, cabe decir que si el reglamento del plan elude toda previsión al respecto ha de considerarse que el diseño de ejecución de las aportaciones es inalterable de forma individual para el partícipe¹⁶³⁹.

¹⁶³⁷ Las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)* tan sólo admite aportaciones al Plan por parte del promotor (art. 16).

¹⁶³⁸ No lo creen así MORENO ROYES, SANTIDRIÁN ALEGRE y FERRANDO PIÑOL quienes entienden que “las facultades del Reglamento del Plan para limitar la libertad del partícipe de modificar o suspender sus aportaciones no son absolutas (*Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 82).

¹⁶³⁹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 366. Para este autor, existirían otros criterios, aparte de los estrictamente normativos, que aconsejarían esta solución, específicamente la dimensión colectiva que caracteriza a los planes de pensiones del sistema de empleo. Considera que en el caso de que la creación del instrumento de previsión tenga su origen en un acuerdo colectivo, ello debe condicionar “decisivamente las manifestaciones de libertad de quienes se encuentran a él adscritos: al situarnos en el segundo pilar de la protección social (el de los regímenes profesionales), el protagonista pasa a ser el colectivo de trabajadores y no el empleado individual” (*Ibidem*, p. 365).

1.4. La fragmentación del sistema de previsión y su compatibilidad con el principio de no discriminación: la diversificación de aportaciones del promotor y la figura de los subplanes

Tal y como quedó apuntado con anterioridad, la prohibición de discriminación prevista en el ordenamiento legal de los planes no impide el que los sujetos constituyentes de un plan puedan acordar la diferenciación de aportaciones del promotor correspondientes a cada partícipe e, incluso, la articulación de subplanes diferenciados por colectivos. Se trata de dos facultades que, reconocidas ambas en la actualidad en el art. 4.1.a), párrafo 6º TRLPFP, han sido objeto de profundas transformaciones en cuanto a su regulación. De un lado, se puede apuntar una primera etapa, de indiferencia legal, en la que la LPFP (Ley 8/1987) no hacía referencia alguna a la existencia de una eventual fragmentación del sistema de previsión, ya fuera a través de la fórmula de los subplanes y/o de la realización de aportaciones diferenciadas, siendo el RFPF (RD 1307/1988) el encargado de admitir tal posibilidad. Esta falta de cobertura legal planteó serias dudas sobre la aceptación jurídica de la vía reglamentaria¹⁶⁴⁰, llegándose a considerar para el caso de la creación de los subplanes, que tal posibilidad se compaginaba mal con la existencia de un solo contrato asociativo de constitución de un plan de pensiones, en el que cabían todas las especificaciones y tratamientos precisos para recoger las diferencias existentes en el colectivo de partícipes y beneficiarios y sus circunstancias, siempre que se respetase el principio de no discriminación¹⁶⁴¹. Este problema jurídico-formal de legalidad de la ordenación reglamentaria fue resuelto, finalmente (segunda etapa), por la disp. adic. 11ª, núm. 1, de la LOSSP (Ley 30/1995) que reformó la letra a) del apartado 1º, del art. 4 de la LPFP (Ley 8/1987) posibilitando que tanto la diversificación de aportaciones como la creación de subplanes contaran con un respaldo legal explícito. Por último, ambas facultades serán objeto de reforma con ocasión de la aprobación de la Ley 24/2001 (tercera etapa). Su art. 32.2 adoptará una orientación flexibilizadora en este punto, la cuál se verá confirmada con el nuevo RFPF (RD 304/2004), no haciendo ninguna remisión a los criterios de distinción previstos en la norma reglamentaria, desapareciendo los mismos con posterioridad, y haciendo más difuso el control colectivo necesario para la adopción de aquéllos.

Pese a estos vaivenes normativos, lo cierto es que, hoy como ayer, pervive en el sistema jurídico de los planes de pensiones la posibilidad de

¹⁶⁴⁰ Se consideraba que la LPFP no aludía en absoluto a la posibilidad de que en el marco de un mismo Plan de Pensiones se pudieran estructurar diversos subplanes que pudieran tener prestaciones diferentes e, incluso, ser de modalidades distintas. Se trataba de una innovación reglamentaria que por no atenerse a lo establecido en la ley que estaba llamada a desarrollar bien pudiera entenderse de dudosa legalidad, con la consiguiente sanción jurídica de apreciar su nulidad absoluta (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 45).

¹⁶⁴¹ Estábamos, a juicio de la STS 3 marzo 1999 (RJ 1999, 1978), ante una innovación reglamentaria.

configurar un sistema de previsión empresarial que atienda las diversas peculiaridades que el colectivo de empleados pueda presentar, ya sea a través del establecimiento de aportaciones diferentes para cada grupo de partícipes, ya encuadrando a los mismos en colectivos específicos a los que les resulte de aplicación especificaciones y reglas singulares¹⁶⁴². Si bien en una primera etapa estas facultades se someten a tres reglas específicas, la concurrencia de determinadas circunstancias enumeradas reglamentariamente (edad, salario según convenio, etc.), el sometimiento de las mismas al conocido juicio de razonabilidad y el refrendo de tal propuesta por parte de la plantilla como resultado de la negociación colectiva, en la actualidad se hacen desaparecer los criterios que sirven para fundamentar la diferenciación del sistema de previsión y se relaja el requisito del control colectivo, al permitir también que otro tipo de acuerdos, no sólo los que resulten de la autonomía colectiva negocial, puedan ser válidos para legitimar tal diferenciación.

A) El establecimiento de aportaciones diferentes para los partícipes

La posibilidad de que el plan de pensiones contemple aportaciones diferentes del promotor para los partícipes debe relacionarse con la existencia de necesidades de cobertura distintas en el colectivo de empleados. Resulta evidente que los trabajadores de edad avanzada necesitarán de un volumen mayor de aportaciones para alcanzar las prestaciones esperadas que los empleados de menor edad. Hay, por tanto, determinadas circunstancias que aconsejan un tratamiento desigual de los partícipes que permita atender de forma más adecuada las circunstancias especiales en que se pueden encontrar determinados colectivos. Ahora bien, ello no nos debe llevar a pensar que toda diferenciación de aportaciones está justificada. Como cabe imaginar, el trato desigual que los partícipes pueden recibir de un plan de pensiones del sistema de empleo puede entrañar ciertos riesgos contemplados desde el plano del principio de igualdad, de ahí que el ordenamiento jurídico se preocupe de incorporar ciertas prevenciones a tener en cuenta por los sujetos constituyentes del plan en el caso de decidirse por tal opción¹⁶⁴³.

¹⁶⁴² Sobre esta opción de creación de diversos sistemas de cobertura para diferentes categorías o grupos de trabajadores resulta un ejemplo paradigmático el caso del Reino Unido. De entrada, cabe decir que de manera general la implantación de la figura de los planes de empresa (*occupational pensions*) ha dependido enteramente de la voluntad y de la iniciativa del empleador, de ahí que en consonancia con dicha facultad éste ha podido igualmente limitar la protección del sistema de previsión a determinadas categorías o instituir una pluralidad de planes para diferentes grupos de trabajadores. *Vid.* sobre esta cuestión BLAKE, D.: *Pension schemes...*, *op. cit.*, p. 110. En todo caso, se advierte en los últimos años una tendencia a unificar y armonizar la cobertura otorgada por la institución de previsión –plan ocupacional-, siendo única para todos los empleados, excepto para los cuadros superiores (TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension...*, *op. cit.*, p. 118).

¹⁶⁴³ Al igual que ocurría en el caso del acceso al plan, el ordenamiento estadounidense se preocupa del mismo modo de los riesgos de discriminación que una cobertura diferenciada –en aportaciones y prestaciones- puede plantear. En concreto, es la sección 510 ERISA la encargada de establecer una serie

En concreto, y con anterioridad a la reforma operada por la Ley 24/2001, se establecía un triple límite al establecimiento de diferenciaciones en este punto, a saber, la concurrencia de alguna de las circunstancias contempladas en el anterior art. 5.3 RFPF (RD 1307/1988), la existencia de una motivación objetiva y razonable y el sometimiento de la propuesta a la aceptación de la plantilla como resultado de la negociación colectiva¹⁶⁴⁴. Con respecto a la primera de las limitaciones, el precepto mencionado aludía a la necesidad de que la diferenciación de aportaciones realizadas por el promotor e imputables a cada partícipe se fundamentara en criterios tales como la edad de los participantes, diferencias salariales, servicios prestados con carácter previo a un momento determinado, ciertos complementos requeridos sobre prestaciones del sistema público de pensiones o incluso las aportaciones directas del propio partícipe. Por tanto, en base a alguna de estas circunstancias o a varias o a todas ellas combinadas, se podía justificar un tratamiento diversificador del promotor sin que, en principio, se produjera una vulneración del principio de igualdad¹⁶⁴⁵. En segundo lugar, el establecimiento de diferencias en cuanto a las contribuciones de un plan debía encontrar su fundamento en el propio principio de no discriminación, en el sentido de que los criterios objetivos utilizados para dicho tratamiento desigual se sometieran al juicio de razonabilidad exigido, por otra parte, conforme a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional respecto del juego en este punto del art. 14 CE. Finalmente, la adopción de los criterios que habían de servir de base para justificar la diferenciación exigía de una aceptación de los mismos por la plantilla, como resultado de la negociación colectiva. Ello suponía introducir un cierto control colectivo determinante a efectos de que la diferenciación pretendida fuera viable jurídicamente, ya que se hacía depender la misma de la aceptación del conjunto de los empleados¹⁶⁴⁶.

de reglas sobre este asunto y la sección 401 (a) (4) IRC la que impone un conjunto de requisitos de obligado cumplimiento para aquellos planes que deseen obtener la denominación de cualificados (*Qualified Retirement Plans*) y disfrutar de esta forma de un tratamiento fiscal ventajoso. *Vid.* ampliamente sobre estas normas CONISON, J.: *Employee Benefits...*, *op. cit.*, pp. 357-415. En cualquier caso, el propio marco normativo posibilita la opción de poner en marcha planes que no cumplan con aquellas condiciones (*No Qualified Retirement Plans*) y, por ende, que no disfruten de las ventajas fiscales correspondientes (TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension...*, *op. cit.*, pp. 58-59).

¹⁶⁴⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 417-418 y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 84.

¹⁶⁴⁵ REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 247. En todo caso, cabía pensar que se trataba de una lista abierta que no impedía la posibilidad de acogerse a otro tipo de criterios no previstos necesariamente en el texto reglamentario. En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 423-424. En contra, MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶⁴⁶ Más difícil resultaba, atendiendo al tenor literal del art. 5.3 RFPF (RD 1307/1988), interpretar el tipo de acuerdo necesario para poder aprobar el/los criterio/s de diferenciación en las aportaciones del promotor. De un lado, se consideraba que la referencia a la totalidad de la plantilla suponía admitir no sólo los acuerdos surgidos de la negociación colectiva sino también aquellos otros obtenidos al margen por completo de la negociación con los representantes legales de los trabajadores (MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, pp. 54-55 y

En la actualidad, la preocupación del legislador con respecto a la adecuación de un eventual tratamiento desigual en aportaciones al principio de no discriminación sigue estando presente en la normativa de los planes y fondos de pensiones. El art. 4.1.a), párrafo 6º TRLPFP es el encargado de contemplar esta posibilidad, permitiendo, por tanto, la diversificación de las aportaciones del promotor. Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico vigente ha optado por flexibilizar al máximo tanto los criterios que van a servir de fundamentación para efectuar aportaciones diferenciadas por parte del promotor como el tipo de acuerdo preceptivo para dar soporte a aquéllos. Con respecto a lo primero, ya no se alude expresamente a los criterios objetivos establecidos reglamentariamente, quedando su determinación en manos de los sujetos negociadores del plan. Con respecto a lo segundo, ya no se hace necesario un pacto de la totalidad de la plantilla, surgido de la negociación colectiva, lo que parecía estar refiriéndose a un pacto colectivo de naturaleza estatutaria, sino que basta con un acuerdo colectivo o disposición equivalente o, incluso, que la diferenciación de aportaciones se haya previsto en las especificaciones del plan. Por tanto, las tres limitaciones que el legislador imponía al establecimiento de aportaciones diferentes por parte del promotor son objeto de una profunda transformación, ya que con esta dirección reformista las posibilidades de introducir diversificaciones se multiplican en instrumentos de establecimiento y contenidos posibles¹⁶⁴⁷. Un análisis detenido de ambos aspectos –criterios objetivos que deben servir de justificación para llevar a cabo el tratamiento diferenciado en aportaciones y mecanismos de aprobación de aquéllos- nos permitirá advertir de los riesgos que el nuevo grupo normativo de referencia plantea visto desde de la óptica del principio de no discriminación.

En lo que respecta a las circunstancias que los sujetos negociadores del plan pueden tener en cuenta a la hora de proceder a un tratamiento diversificado de las aportaciones, hay que recordar que la normativa ya no contempla una ejemplificación de aquéllas, ya en forma de lista cerrada o ya en forma de lista abierta, con lo que se traslada a las partes interesadas la facultad de su determinación. Esta situación, es decir, el hecho de que los criterios diferenciadores no se prevean expresamente en el texto normativo y que se atribuya a los sujetos negociadores la competencia para su fijación no debe entrañar excesivos problemas desde el punto de vista del mandato

REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 261). De otro, se postulaba una lectura más restringida del precepto, resultando únicamente válido el acuerdo colectivo adoptado entre el empleador-promotor y la representación de los trabajadores (MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 551). Finalmente, la nueva regulación introducida por la Disp. Adic. 11ª LOSSP (Ley 30/1995), en cuyo apartado 1º se incorporó un último inciso en la letra a) del art. 4.1 LPPF haciendo referencia a la necesidad de que el tratamiento diversificador que se adoptara se debía de hacer “conforme a criterios acordados en negociación colectiva”, hizo prevalecer la segunda de las opciones comentadas.

¹⁶⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de los Planes...”, *op. cit.*, p. 54.

antidiscriminatorio previsto en el modelo legal de los planes y fondos de pensiones, ya que al igual que ocurría en la situación normativa anterior la opción por la diferenciación de aportaciones ha de encontrar una motivación objetiva y razonable. El que corresponda a los interesados la adopción de uno o varios criterios en función de los cuáles se pueda llevar a cabo un tratamiento desigual entre los partícipes no exime a aquéllos del cumplimiento del principio de no discriminación. Por tanto, hoy como ayer, el establecimiento de aportaciones diferentes del promotor a favor de los partícipes será legítimo si se justifica en base a circunstancias objetivas y razonables. En definitiva, el establecimiento de diferencias en cuanto a las contribuciones de un plan debe encontrar su fundamento en el principio de no discriminación, lo que exige que los criterios utilizados para adoptar un tratamiento diversificador sean objetivos y razonables y, además, se respete la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional respecto al juego del art. 14 CE, en el sentido de que debe mirarse con sumo cuidado que la diversificación de aportaciones en regímenes no entrañe la ineficacia del principio de igualdad, “cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales distintos que actuaría como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concurriesen razones sustantivas que los legitimaran”¹⁶⁴⁸. Por ello, no sería posible una diferenciación de aportaciones del promotor de tal forma que se pudieran dejar fuera a algunos de los partícipes¹⁶⁴⁹, ya que tanto el art. 4.1.a), párrafo 6º LPFP como el art. 25.4 RFPF lo que permiten es una diferenciación de aportaciones del promotor, no una exclusión de las mismas para un determinado colectivo¹⁶⁵⁰.

Desde luego, tal situación de reenvío a los agentes negociadores del plan de la facultad de determinación de las situaciones específicas motivantes de la diferenciación de aportaciones, no impedirá que las circunstancias que contemplaba el anterior art. 5.3 RFPF (RD 1307/1988) sigan tomándose como referencia en este punto. Y es que las situaciones previstas en la anterior normativa –edad del empleado, salario, servicios prestados, complemento requerido para alcanzar un nivel de prestación o de renta de activo y las aportaciones directas del propio partícipe- son, en verdad, objetivas, dado que afectan directamente y por igual a todos los trabajadores. Se trata, a la postre, de circunstancias que deben seguir jugando un papel esencial a la hora de justificar una diferencia de

¹⁶⁴⁸ STC 377/1993, 20 diciembre (FJ 3).

¹⁶⁴⁹ Así, el art. 13 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Banco de España* (11 Diciembre 2001) admite la inexistencia de contribución por parte del promotor para los partícipes ingresados en el Banco el 1-2-1986 o con anterioridad a esa fecha y que alguna vez hayan ostentado la condición de Socios de la Mutualidad de Empleados del Banco de España.

¹⁶⁵⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos...”, *op. cit.*, p. 498. Al respecto, cabe recordar la STS 26 enero 1993 (*AS* 1993, 270) que entendió como no válida la regulación específica prevista en el art. 6 del Reglamento del Plan de Pensiones del Banco Exterior de España que admitía la exclusión de los trabajadores temporales de las aportaciones del promotor del Plan.

tratamiento en materia de aportaciones del promotor. Un repaso a las mismas nos permitirá comprobar hasta que punto seguirán siendo determinantes como factores diferenciadores y las ventajas e inconvenientes que presentan cada una de ellas.

En primer lugar, cabe referirse a la edad del partícipe como criterio diferenciador, el cuál ha sido decisivo en la práctica a la hora de establecer diferentes aportaciones y prestaciones, sobre todo en favor de personas de edad más avanzada¹⁶⁵¹. La utilidad de este criterio resulta evidente a estos efectos dado que permite compensar el menor tiempo que los trabajadores de mayor edad van a permanecer como partícipes en el plan, lo que exige, en consecuencia, mayores aportaciones para alcanzar las mismas prestaciones que los más jóvenes¹⁶⁵². Por tanto, la edad del partícipe puede resultar un factor diferenciador que esté plenamente justificado y que sea razonable al objeto de introducir aportaciones distintas en el colectivo de partícipes. Ahora bien, tal medida debe confrontarse con la prohibición contenida en el art. 6.2 de la Directiva 2000/78/CE que impide que una diferencia por edades en el ámbito de los regímenes complementarios de previsión pudiera constituir una discriminación por razón de sexo. En

¹⁶⁵¹ Un análisis de los reglamentos de planes de pensiones aprobados hasta la reforma de la Ley 24/2001 corrobora la importancia de esta circunstancia a efectos de la introducción de un tratamiento diversificador entre los partícipes. Así, el art. 29 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002) prevé una aportación excepcional anual para empleados que a 31 de diciembre de 1998 tengan 50 o más años. Por su parte, el *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.* (Noviembre 2000) establece una aportación del promotor de un 4 por 100 hasta el 1 de enero en que el partícipe cumpla 45 años de edad y un 4,5 por 100 en adelante (art. 14). De otro lado, el art. 18.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002) establece una diferenciación de aportaciones para aquellos partícipes que, teniendo opción a la jubilación anticipada a los 60 años por el Régimen General de la Seguridad Social, y habiéndoles sido reconocidos derechos por servicios pasados anteriores al 3 de noviembre de 1998 conforme a este Plan, decidan permanecer en activo a partir de la fecha en que cumplan los 60 años de edad. Asimismo, el art. 14.2. del *Reglamento de Industrias Químicas Asociadas Plan de Pensiones* (Noviembre 1995), prevé aportaciones distintas en función de que el partícipe tenga cumplidos o no 50 años de edad, siendo éste quien determina el módulo de aplicación que prefiera. Especial mención merecen las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.* (9 Julio 1999) que en su art. 29.2 establece una aportación específica para el caso de que el partícipe, de cualquier colectivo, obtenga un ascenso de categoría. Dicha contribución se calcula, por lo que aquí interesa, aplicando al incremento un porcentaje que varía en función de la edad del partícipe y el tiempo previsible que falte para su jubilación. En algunos casos, como el *Reglamento del "Plan de Pensiones Empleados Banco Vitalicio"* (1 Enero 1997), la edad del partícipe se combina con otros criterios a efectos de la diferenciación de las aportaciones. Otros Reglamentos que prevén la diferenciación de aportaciones en función de la edad, *Reglamento del Plan de Pensiones de Bridgestones Firestone Hispania* (Marzo 2003); *Reglamento de Especificaciones de Plan de Pensiones para de Gas Andalucía, S.A.* (Abril 1997) y *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de BAT España, S.A.* (20 Diciembre 1994).

¹⁶⁵² MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, op. cit., p. 50. Se está pensando, por ejemplo, en una persona mayor de 55 años, a quien sólo restan 10 años para capitalizar la correspondiente pensión, "y que precisará una mayor intensidad en las aportaciones o contribuciones al plan en el resto de su vida activa que otros trabajadores con un período de vida activa esperado superior" (SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes...*, op. cit., p. 202).

definitiva, la permisividad que afecta al criterio de la edad se convierte en prohibición cuando tal factor introduce discriminaciones entre sexos¹⁶⁵³.

Por su parte, el art. 5.3.b) RD 1307/1988 establecía como segundo criterio a tener en cuenta el “salario según Convenio, retribuciones satisfechas en concepto de rendimientos de trabajo o diferencias entre dichas retribuciones y las bases de cotización al sistema público de pensiones”. Se trataba del supuesto que mayor presencia ha tenido (y sigue teniendo) en los reglamentos de planes de pensiones, del que ya se dio cuenta más arriba al hacer alusión a la cuantía y forma de cálculo de las aportaciones. La aplicación de un porcentaje sobre el salario regulador del partícipe pone en evidencia lo beneficioso que puede ser este sistema para los trabajadores que perciban mayores ingresos, máxime cuando el citado porcentaje se incrementa en función de tablas salariales¹⁶⁵⁴. Lógicamente, el tratamiento diferenciador será todavía más perjudicial para los partícipes con menores ingresos cuando el criterio a utilizar no sea el salario fijado en convenio sino el de las retribuciones satisfechas¹⁶⁵⁵, contando además con que dicha desigualdad se puede acentuar todavía más si en el salario pensionable se otorga un peso mayor a los conceptos salariales ligados a la permanencia del trabajador en la empresa. Igualmente, el criterio de la diferencia entre retribuciones y las bases de cotización al sistema público de pensiones favorece de forma clara a los empleados con sueldos más elevados, ya que son éstos quienes presentan una mayor diferencia entre el último salario y la pensión pública a percibir en el futuro¹⁶⁵⁶.

El tercer criterio que recogía el art. 5.1.c) RD 1307/1988 era el de los servicios pasados, entendiendo por tales los prestados con carácter previo a un momento determinado. Al igual que el anterior se trata de una fórmula que se reitera en numerosos planes de pensiones¹⁶⁵⁷, toda vez que con este

¹⁶⁵³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La discriminación por razón de la edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, p. 116.

¹⁶⁵⁴ En efecto, se pueden encontrar reglamentos de planes de pensiones que descomponen el salario pensionable del partícipe en tramos definidos en una tabla y aplican a cada tramo el porcentaje correspondiente. Entre otros, art. 44 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Agribands Europe España, S.A.*; art. 20.4 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Productos Roche, S.A.* (5 Noviembre 1999); art. 20.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Alcoa Inespal* (Octubre 2001); art. 9.1.a) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de ENUSA Empresa Nacional del Uranio, S.A.* (Mayo 1995); art. 17.b) y c) del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Bestfoods España, S.A.* (16 Septiembre 1998); art. 14 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Enagas, S.A.* (Junio 1999) y art. 9.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Bacardi y Cia.* (Diciembre 1995).

¹⁶⁵⁵ MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERNANDO PIÑOL, A.: *Los Planes y Fondos...*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶⁵⁷ Véanse, al respecto, entre otros, el art. 7 del *Reglamento de Planes de Pensiones de B.N.P. España, S.A.*; art. 17.2.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Aragón, S.A.*; art. 21.2.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Octubre 2000); art. 3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Caja de Ahorros del Mediterráneo* (Septiembre 1999); art. 14. Apart. 1º del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Cegas, S.A.*; art. 15.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Mapfre*; art. 17.2.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A.*; art.

criterio se trata de favorecer a los partícipes de mayor antigüedad¹⁶⁵⁸ en la empresa. Repárese que la diversificación de aportaciones se puede producir en función de que la incorporación de los trabajadores se realice a partir de una determinada fecha, lo que plantea de forma palmaria los efectos perniciosos que puede tener este criterio para los futuros empleados de nueva incorporación, que por esta vía podrían quedar sometidos a un diverso régimen protector aún formando parte del mismo colectivo laboral¹⁶⁵⁹.

Por otro lado, la letra d) del art. 5.3 RD 1307/1988 admitía como circunstancia objetiva motivante de una diferenciación de aportaciones el “complemento requerido sobre prestación del sistema público de pensiones hasta cubrir la totalidad o una fracción de la última remuneración activa o del promedio de las últimas remuneraciones activas para el período que fije el Plan de Pensiones”. Al igual que en el caso del criterio de la diferencia entre retribuciones y bases de cotización al sistema público de pensiones, estamos ante un supuesto de integración de las prestaciones públicas y privadas, lo que puede favorecer la función de complementariedad que se predica de los sistemas privados de pensiones respecto de la Seguridad Social. En cualquier caso, es indiscutible que se trata de supuestos de base que benefician a los empleados con mayores ingresos, y ello por la limitación que supone para éstos estar sometidos a un tope máximo de cotización¹⁶⁶⁰.

Finalmente, el art. 5.3 RD 1307/1988 admitía como criterio a tener en cuenta las “aportaciones directas del propio partícipe” (letra e)). Se trataría de una circunstancia que aparece en numerosos reglamentos de planes de

22.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002); art. 39.1 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Prensa Española, S.A.*; art. 14 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Petróleo, S.A.* (Enero 1998); art. 26 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano, S.A.* (29 Mayo 2000) y art. 19.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002).

¹⁶⁵⁸ En algunos planes de pensiones el criterio de la antigüedad se combina con el del salario, así el art. 11.1 del *Reglamento de Plan de Pensiones de los Empleados del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España* prevé una aportación obligatoria resultado de la aplicación de un porcentaje sobre el salario regulador del partícipe que es ponderada por un factor de corrección en base a la antigüedad en la empresa -hasta 10 años el 90 por 100, desde 11 a 20 el 95 por 100 y más de 20 el 100 por 100-.

¹⁶⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, op. cit., p. 176. Ejemplo de lo comentado es el *Reglamento del Plan de Pensiones de Bridgestone Firestone Hispania* (Marzo 2003) que en su art. 8.1 establece una aportación anual del promotor que se distribuye de acuerdo a una escala en la que se fijan unos porcentajes de aplicación sobre el salario regulador que se van incrementando para los trabajadores de mayor edad. Sin embargo, y conforme a la letra d) del art. 8.1, para las nuevas altas que se produzcan en el Plan, la aportación del promotor consistirá únicamente en un 2 por 100 del salario regulador, de manera que no se tendrá en consideración la edad del partícipe a efectos de la aplicación de la mencionada escala. En idénticos términos, se puede consultar el aparatado B de las Condiciones Particulares de Estrella S.A. de Seguros y Reaseguros, correspondiente al *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Empresas Grupo Estrella* y el art. 20.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Alcoa Inespal* (Octubre 2001).

¹⁶⁶⁰ ANTRÁS, A.: *Planes y fondos de pensiones*, Barcelona, Eada Gestión, 1992, p. 59.

pensiones¹⁶⁶¹ y que consiste en el hecho de condicionar la aportación del promotor al compromiso del partícipe de realizar, asimismo, aportaciones, de manera que, incluso, la contribución de aquél no se hace efectiva hasta que el propio partícipe no de cumplimiento a su deber de aportación. Se trata del supuesto más criticable, dado que no sólo se favorece a los que mayor capacidad económica tienen¹⁶⁶² sino que puede resultar un elemento especialmente desincentivador para la participación en un plan de pensiones, al exigirse, en ocasiones, unos márgenes de ahorro considerables¹⁶⁶³. Y es que las aportaciones directas del partícipe no tienen porqué condicionar de una u otra forma las contribuciones del promotor, dado que en los planes del sistema de empleo resultan necesarias estas últimas¹⁶⁶⁴.

Aparte de estos criterios, resulta hoy incuestionable desde el punto de vista del ordenamiento legal de los planes de pensiones que los sujetos negociadores puedan optar por otro tipo de circunstancias objetivas motivantes de la diferenciación de aportaciones¹⁶⁶⁵. Esta posibilidad a su vez hace más necesario el juicio de razonabilidad aplicado a los criterios de diferenciación adoptados por las partes interesadas, especialmente cuando el supuesto de base para proceder a un diferente tratamiento en materia de aportaciones sea el vínculo contractual, ya fijo o temporal. Y es que, en realidad, el tipo de contratación podría actuar como factor diferenciador a tener en cuenta por los sujetos negociadores a la hora de establecer diferentes aportaciones, siempre y cuando aquél viniera complementado por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia. Es decir, la disparidad de tratamiento que un plan pudiera dispensar a los empleados con contratos de duración determinada respecto a los trabajadores con contratos de duración

¹⁶⁶¹ Así, entre otros, art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Cruz Verde Legrain, S.A.*; art. 16.1.b) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Retevisión*; art. 13 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo del Banco de Crédito Local*; art. 29.2 de los *Reglamentos de los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo de los Empleados de la Autoritat Portuària de Barcelona y de Tarragona*; art. 10.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones Central Nuclear de Trillo 1, A.I.E.* y art. 17.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A.*

¹⁶⁶² Piénsese, por ejemplo, que el art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Cruz Verde-Legrain, S.A.* establece una serie de contribuciones adicionales cuyos porcentajes aplicables al salario regulador del partícipe varía de un 1 por 100 para la categoría profesional de peón a un 7 por 100 para la de Director.

¹⁶⁶³ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.*, p. 252. Así, es probable que con una distribución de aportaciones como las que regula el *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002) en su art. 22.1, en el que el 70 por 100 de la aportación corre a cargo del promotor y el 30 por 100 del partícipe, no se produzca una sobrecarga económica sobre el partícipe, pero sí cuando los compromisos de contribución se distribuyen a partes iguales (art. 17.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A.*) o de manera que un 90 por 100 corra a cargo de los partícipes y del 10 por 100 restante corresponda al promotor (art. 21.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Excmo. Ayuntamiento de Santa Pola*).

¹⁶⁶⁴ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes...*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶⁶⁵ En este punto habrá que tener en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 diciembre 2003), respecto de las medidas de aplicación del principio de igualdad de trato contempladas en dicha norma.

indefinida debe contar, como el resto de situaciones específicas anteriormente comentadas motivantes de un tratamiento diversificado, con una justificación objetiva y razonable. Por ello, cabe pensar que la introducción de un régimen de aportaciones que otorga un tratamiento menos favorable a los contratados por tiempo determinado respecto al recibido por los empleados fijos, no puede justificarse sin más en el carácter temporal del vínculo contractual¹⁶⁶⁶. Para articular la diferencia de tratamiento no bastará únicamente el dato de la modalidad de contratación, ya que resultará obligado que aquélla tenga su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato de trabajo que la expliquen razonablemente. Estas consideraciones en el ámbito de la previsión social complementaria se ven corroboradas en la actualidad por la propia jurisprudencia constitucional que ha zanjado definitivamente el debate en torno a la admisibilidad del establecimiento de diferencias en la regulación de aportaciones atendiendo únicamente al vínculo contractual. Tras una, como poco, insatisfactoria doctrina del Tribunal Supremo que en modo alguno consideraba discriminatorio un tratamiento desigualatorio en este punto atendiendo a la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo de los partícipes¹⁶⁶⁷, finalmente la STC 104/2004, 28 junio ha rechazado la posibilidad de que tal desigualdad en el tratamiento de los trabajadores temporales con respecto a los de carácter fijo pueda resultar acorde con el art. 14 CE, en cuanto que se utiliza como criterio de diferenciación una circunstancia que por sí sola no puede justificar tal disparidad. Con ocasión del estudio de la figura de los subplanes, se volverá a insistir sobre este asunto, dado que dicho pronunciamiento jurisprudencial recae específicamente sobre esta materia.

Finalmente, hay que referirse al segundo requisito que debe cumplir la diversificación de aportaciones del promotor para que pueda hacerse efectiva, en concreto, a la necesidad de que se haga “conforme a criterios establecidos mediante acuerdo colectivo o disposición equivalente o según lo previsto en las especificaciones del plan de pensiones” [arts. 4.1.a) párrafo 6º TRLPFP y 25.4 RFPF]. Como se ve, el ordenamiento jurídico de los planes señala dos formas de instrumentar el acuerdo de implantación del tratamiento diversificador en materia de aportaciones: de un lado, se admite cualquier pacto fruto de la autonomía colectiva; de otro, se posibilita, igualmente, que tal diferenciación se obtenga del acuerdo adoptado por sujetos distintos a los representantes legales de los trabajadores. Con respecto a la primera de las opciones, hay que subrayar que tal y como aparece configurada la misma –“acuerdo colectivo o disposición equivalente- pocas dudas ofrece el tipo de actuación de la

¹⁶⁶⁶ En la misma línea, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 426.

¹⁶⁶⁷ Vid. STS 15 julio 1998 (RJ 1998, 6525).

autonomía colectiva que resultará necesaria para el establecimiento del tratamiento diferenciador. Así, en consonancia con lo previsto en el art. 7 RICP, cualquier tipo de acuerdo colectivo, ya sea de eficacia general o limitada, así como los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal o, incluso, otros acuerdos o decisiones, cuyas existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho servirá para adoptar el compromiso de efectuar diferentes aportaciones por parte del promotor. Desde luego, la amplitud de los instrumentos de establecimiento del tratamiento diversificador resulta patente conforme a la ordenación jurídica vigente de los planes, contrastando abiertamente con la situación normativa anterior en la que, como ya se ha dicho, de la referencia que en este aspecto se hacía a la aceptación por la plantilla se podía deducir la exigencia de un convenio colectivo estatutario como fuente base de implantación de la diferenciación de aportaciones. Y es que el anterior art. 5.4 RFPF (RD 1307/1988), al imponer que el criterio o los criterios diferenciadores utilizados debían estar aceptados por la plantilla, como resultado de la negociación colectiva, parecía estar limitando el campo de actuación de la autonomía colectiva. Al referirse a la plantilla en su conjunto lo hacía como totalidad, como un todo potencialmente afectada por la diversificación en el seno del plan acordado, y no en relación a una parte de la misma, lo que permitía sostener que el único acuerdo colectivo con capacidad para afectar a la totalidad de los trabajadores y de entender que ello supone aceptación por toda la plantilla era el convenio colectivo estatutario¹⁶⁶⁸.

Por su parte, la segunda de las opciones que ofrece el sistema normativo a los sujetos negociadores del plan a la hora de acordar una diferenciación de aportaciones es simplemente que tal cuestión se incorpore a las especificaciones del plan. Cabe pensar que esta vía de diversificación estará condicionada por lo dispuesto en la fuente de implantación del plan, de modo que el establecimiento de esas diferencias en las especificaciones sólo será posible ante el silencio de la autonomía colectiva o en cumplimiento de su voluntad¹⁶⁶⁹. Sea como fuere, lo cierto es que la decisión de llevar a cabo una diferenciación de aportaciones, adoptada en el ámbito del reglamento del plan, plantea serios problemas en cuanto a las discrepancias que se pudieran dar entre éste y la fuente de implantación, normalmente el convenio colectivo.

¹⁶⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 52. Para GONZÁLEZ ORTEGA, difícilmente podía aceptarse que los pactos extraestatutarios podían servir para establecer los criterios diferenciadores dentro del plan, ya que “no son, por definición, expresión de toda la plantilla o, cuando menos de la mayoría de los integrantes de ella; e, incluso, pueden ser por hipótesis expresivos sólo de la voluntad de una parte extraordinariamente reducida de la misma, sin dejar de ser por ello pactos colectivos” (“Planes y Fondos de pensiones...”, *op. cit.*, p. 500). En idéntico sentido, REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 261.

¹⁶⁶⁹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 434.

B) La integración del colectivo de trabajadores en diferentes subplanes

Pese a su problemática adecuación a la anterior LPFP (Ley 8/1987), la articulación de subplanes en el seno de un plan de pensiones se ha terminado por consolidar, sin mayores problemas, por vía legal. En la actualidad, el art. 4.1.a), párrafo 6º TRLPFP admite la existencia de aquéllos dentro de un mismo plan del sistema de empleo. Ello supone que la plantilla de empleados del promotor pueda dividirse en diferentes grupos con objeto de que cada uno de éstos pueda recibir tratamientos específicos, según sus características particulares, dentro del plan general. En definitiva, un subplan no será más que un plan cuyos partícipes constituirán un grupo homogéneo de empleados, con lo que el plan global resultará de la yuxtaposición de los subplanes, que no conocerá limitaciones en cuanto a su número ni en cuanto al número mínimo de partícipes¹⁶⁷⁰.

Respecto de esta definición conviene realizar tres comentarios adicionales. El primero, aunque obvio pero no menos importante, y es que la creación de subplanes no puede dar lugar a un tipo de plan distinto para cada trabajador¹⁶⁷¹. El TRLPFP habla (en plural) de la integración del colectivo de trabajadores o empleados en cada subplan. El segundo, que la fragmentación de la plantilla del promotor conllevará el establecimiento de grupos de trabajadores que entre los mismos presenten cierta homogeneidad. Es decir, cada uno de los subplanes agrupará a un colectivo de características similares¹⁶⁷². El tercero, que la existencia de subplanes en modo alguno puede dar lugar a la exclusión de ningún trabajador, ni mucho menos que integre exclusivamente a una parte del colectivo empleado¹⁶⁷³.

El establecimiento de subplanes diferenciados por colectivos guarda una estrecha conexión con la diferenciación de aportaciones. De una parte, porque el propio art. 4.1.a) TRLPFP contempla la posibilidad de que cada subplan pueda articular “diferentes aportaciones y prestaciones”, lo que en la práctica no suele resultar infrecuente. Ahora bien, ello no significa que la

¹⁶⁷⁰ USANO CRESPO, D.: “Aspectos críticos de la regulación...”, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁷¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los planes y fondos...”, *op. cit.*, p. 99.

¹⁶⁷² Para REGUERO CELADA el criterio de la homogeneidad en la agrupación de los trabajadores a efectos de su integración en subplanes se impone, ya que de no ser así, no se “garantizaría una previsión complementaria y libre a todos los trabajadores y, por tanto, nos encontraríamos con una privatización de aquello que ya es privado, lo que no tendría sentido” (“Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, pp. 248-249). Igualmente, SUÁREZ CORUJO considera que “con ello se pretende frenar, en cierta medida, el riesgo de dispersión y la subsiguiente individualización más propias de otros instrumentos de previsión como los planes del sistema individual” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 436).

¹⁶⁷³ La existencia de planes parciales, es decir, de planes pensados para un grupo determinado de trabajadores con independencia del resto fue duramente criticado por los sindicatos. Y es que originariamente el art. 5.5 del RFPF (RD 1307/1988) admitía la posibilidad de que un plan pudiera integrar exclusivamente a una parte del colectivo de trabajadores de la plantilla del promotor, siempre que el mismo fuera refrendado por la negociación colectiva. Con buen criterio, y por recomendación del Consejo de Estado que acogió las tesis sindicales sobre la ilegalidad de los planes de carácter parcial, este apartado fue finalmente suprimido. *Vid.* MERAYO RAMOS, M.: “La perspectiva de UGT...”, *op. cit.*, pp. 61-62 y MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERNANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 53.

decisión de realizar aportaciones distintas en función de las circunstancias apuntadas más arriba o cualesquiera otras de lugar necesariamente a la articulación de subplanes¹⁶⁷⁴. E, incluso, cabe matizar que éstos últimos pueden configurarse sin necesidad de que exista un régimen de aportaciones diferenciado. De otra, porque ambos se someten a los requisitos conocidos y que han sido objeto de desarrollo con anterioridad: nos referimos tanto a la necesidad de que los criterios que se utilicen para la integración del colectivo en cada subplan encuentren una justificación objetiva y razonable como que los mismos sean acordados en el marco de la negociación colectiva o simplemente se recojan en las especificaciones del plan. A estos dos aspectos nos referimos a continuación.

En cuanto al primero de ellos, hay que resaltar que la creación de subplanes se ha derivado, en la práctica, de los criterios apuntados más arriba en relación a la constitución de niveles de aportación diferentes. Así, resulta muy habitual que los reglamentos de planes de pensiones dividan a los partícipes del plan en función de su incorporación a la empresa a partir de una determinada fecha¹⁶⁷⁵; algo que por otra parte ha sido aceptado por la jurisprudencia que no ha tenido excesivos problemas a la hora de admitir un tratamiento protector diferenciado en función de los servicios pasados¹⁶⁷⁶. Igualmente, la articulación de subplanes también se ha

¹⁶⁷⁴ Véanse al respecto, entre otros, el art. 27 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A.* (Septiembre 2002); art. 20 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Alcoa Inespal* (Octubre 2001); art. 14 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo de Cementos Especiales de las Islas, S.A.*; art. 20.4 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Productos Roche* (5 Noviembre 1999); art. 21 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Octubre 2000); art. 3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Aragón, S.A.*; art. 15 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo Mapfre* y art. 36 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.* (Marzo 2001).

¹⁶⁷⁵ Así, el art. 4 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano* (29 Mayo 2000) prevé tres colectivos: Colectivo 1, formado por el personal en activo a 30 de junio de 2000 en Banco Zaragozano, S.A., ingresado en Banca con anterioridad al 8 de marzo de 1980 y que pueda jubilarse anticipadamente; Colectivo 2, al cuál pertenecerá el personal en activo a 30 de junio de 2000 en Banco Zaragozano, S.A. ingresado en Banca con anterioridad al 8 de marzo de 1980 y que no esté integrado en el Colectivo 1 y, finalmente, Colectivo 3, formado por el personal en activo a 30 de junio de 2000 en Banco Zaragozano, S.A. que tenga antigüedad reconocida en Banca con posterioridad al 7 de marzo de 1980, y que no esté integrado en cualquiera de los dos colectivos anteriores. En idénticos términos, el art. 2 del *Reglamento del Plan de Pensiones CAI-Empleo*, distingue los siguientes subplanes: Subplan 1, cuyos partícipes son los empleados ingresados en Caja de Ahorros de Inmaculada de Aragón con anterioridad al 30 de mayo de 1986 y que expresamente decidieron permanecer en el sistema de previsión anterior...; Subplán 2, constituido por partícipes ingresados en Caja de Ahorros de Inmaculada de Aragón con posterioridad al 29 de mayo de 1986 y que expresamente decidieron permanecer en el sistema de previsión anterior...; Subplán 3, cuyos partícipes son los empleados incorporados a Caja de Ahorros de Inmaculada de Aragón con posterioridad al 23 de noviembre de 2000 o ingresados con anterioridad a esta fecha que expresamente decidieron acogerse definitivamente al “Acuerdo sobre Previsión Social en C.A.I.” de 23 de noviembre de 2000. En idénticos términos, se pueden consultar las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de BBVA*, el *Reglamento del Plan de Pensiones de B.N.P. España, S.A.*, el *Reglamento del Plan de Pensiones del Personal de Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja* y el *Reglamento del Plan de Pensiones “Extremadura. Plan de Pensiones Empleados Caja de Ahorros de Extremadura”*.

¹⁶⁷⁶ Así, cabe citar la STS 10 junio 1996 y la SJS Granada 4 Diciembre 2001 (*AS* 2001, 402). En esta última se entiende que no cabe predicar desigualdad discriminatoria en el caso del distinto trato previsto o

fundamentado en el criterio salarial¹⁶⁷⁷ que recogía el derogado art. 5.3 RPPF (RD 1307/1988). Este supuesto, más frecuente a la hora de admitir en el plan niveles de contribución distintos, plantea la inquietud de que la verdadera finalidad de la fragmentación del colectivo laboral sea el favorecer a los partícipes de mayores ingresos. En estos casos, en los que es el mayor o menor nivel salarial lo determinante a efectos de establecer diferentes niveles de protección, se desdibuja el objetivo de la figura de los subplanes, cuál es el dar cabida a tratamientos específicos de colectivos que lo requieran en función de especiales circunstancias que lo justifiquen. También la edad¹⁶⁷⁸ del partícipe ha permitido organizar subplanes, aplicando especificaciones particulares y diferenciadas a los partícipes de cada uno de los colectivos integrados en ellos, lo cuál no resulta discriminatorio dado que el establecimiento de subplanes diferenciados en función de razones y circunstancias cronológicas se justifica en la necesidad de atender de forma distinta a supuestos de hecho que no son iguales entre sí. Llama la atención que esta circunstancia no haya servido, con mayor frecuencia, para otorgar un tratamiento diversificado. La incorporación de trabajadores de edad avanzada a las empresas que actúan como entidades promotoras de un plan exige que se tenga en cuenta su especial situación, dada la necesidad de mayores aportaciones.

Por otro lado, y teniendo en cuenta el carácter abierto de las circunstancias que sirven de base para fundamentar la articulación de subplanes, hay que recordar que sería posible la utilización de criterios distintos a los apuntados más arriba, siempre que se cuente con un acuerdo de naturaleza colectiva o se especifique en el reglamento correspondiente. En todo caso, tal y como se apuntó más arriba, los motivos que den lugar a la fragmentación de la plantilla en colectivos diferenciados deben ser objetivos y razonables, y ello porque así lo exige el principio de no discriminación. Precisamente, no cabría entender discriminatorio el desigual tratamiento otorgado a los partícipes cuando el criterio de integración en diferentes subplanes venga motivado por la actividad desempeñada por éstos, especialmente por su encuadramiento en regímenes de Seguridad Social distintos¹⁶⁷⁹. Esta última cuestión justifica diferentes

aplicado a supuestos de hecho que no sean iguales entre sí, y ejemplo de ello son las razones y circunstancias cronológicas y tiempo de servicios prestados.

¹⁶⁷⁷ Así, el art. 5.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de ENUSA Empresa Nacional del Uranio* (Mayo 1995), S.A. prevé cuatro Subplanes, atendiendo a diferentes niveles salariales.

¹⁶⁷⁸ El art. 4.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Distrimadrid* distingue un Subplán I, en el que podrán ser partícipes del mismo todo el personal de la plantilla del Promotor con edad igual o superior a 45 años y que cumpla con los requisitos de adhesión correspondientes y un Subplán II, en el que se integrarán todos los empleados, sea cual fuere su edad y con independencia de su pertenencia al Subplán I.

¹⁶⁷⁹ Así, el art. 7 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A.* (29 Octubre 1990) regula dos Subplanes: el Subplán A, integrado por los partícipes pertenecientes al personal de tierra de la Empresa y al Régimen General de la Seguridad Social y el Subplán B, al que pertenecen los integrantes del personal de flota de la Empresa y

niveles de protección al estar integrados los partícipes en regímenes con dinámicas prestacionales propias y diferenciadas. Por el contrario, difícilmente puede ser compatible con tal principio la conformación de subplanes en el seno de un plan en función de la naturaleza temporal o indefinida de la relación laboral que une a los partícipes con el promotor.

Respecto a este último criterio, cabe recordar lo comentado más arriba con ocasión de la importante doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación a esta cuestión. Y es que la decisiva STC 104/2004, de 28 de junio ha descartado definitivamente que el dato de la modalidad de contratación pueda servir por sí solo para articular la diferencia de tratamiento en el ámbito de la previsión social voluntaria, anulando la SAN 12 septiembre 1997 y la STS 15 julio 1998, las cuáles no apreciaron tal carácter discriminatorio. Para el TC la diferencia de tratamiento entre trabajadores en función de la duración de su contrato debe responder a una justificación objetiva y razonable. Ello no tiene lugar cuando tal desigualdad utiliza como criterio de diferenciación una circunstancia que por sí sola no puede justificar tal disparidad, si no viene complementada por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia. Así, en el caso concreto, el plan de pensiones de la Caja de Ahorros demandada había establecido dos subplanes: el primero, que integraba, por lo aquí interesa, “a todos los empleados fijos en plantilla que ingresaron en la Caja (...) antes del 30 mayo de 1986”; el segundo, que incluía “a todos los empleados fijos en plantilla (...) que ingresaron en la Caja (...) con posterioridad al 29 de mayo de 1986”. Tal previsión, al aplicarse en relación con determinados trabajadores que la empresa procedió a convertir en fijos a partir de septiembre de 1986 pero que, sin embargo, habían prestado servicios sin solución de continuidad como trabajadores temporales con anterioridad al 29 de mayo de 1986, planteó la existencia de dos posibles interpretaciones: la que realizó la Caja de Ahorros, que consideró que aquéllos debían integrarse en el Subplán 2, atendiendo a la fecha de su ingreso en la empresa como trabajadores fijos; la del sindicato recurrente, quién entendía que el plan de pensiones debía ser puesto en relación con el convenio colectivo aplicable, que no exigía la “fijeza” de la relación para su incorporación al Subplán 1, ya que simplemente se requería que “el ingreso en la empresa” se produjera antes de una determinada fecha, con independencia del carácter temporal o indefinido del contrato. Sea como fuere, lo cierto es que, a juicio del TC, estaba fuera toda duda que con aquella previsión se producía una diferencia de tratamiento entre

del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores del Mar. En este sentido, el propio Reglamento justifica la existencia de estos dos subplanes en función de las diferentes retribuciones según Convenio (Tierra y Flota), de las diferentes prestaciones del sistema público de pensiones (Régimen General de la Seguridad Social y Especial del Mar) y de las aportaciones directas de los partícipes.

trabajadores en función de la duración de su contrato, dado que una determinada condición requerida para el acceso a un sistema de previsión social –la de haber ingresado en la empresa antes de una fecha determinada- se había aplicado de distinta manera a los trabajadores fijos que a los trabajadores temporales, lo que nuevamente planteaba al intérprete constitucional la valoración desde el punto de vista del derecho de igualdad de la concurrencia de una justificación objetiva y razonable de tal diferencia de tratamiento entre trabajadores fijos y trabajadores temporales. Y así, para el TC el solo hecho de que durante una fase determinada de su relación laboral con la empresa, anterior a la fecha de incorporación al plan, las respectivas modalidades de contratación desde el punto de vista de la duración del contrato fueran diferentes, no podía considerarse una diferenciación basada en una justificación razonable, puesto que su lógica no descansaba “en ninguna razón objetiva justificada y relevante sino simplemente en una valoración de los trabajadores temporales respecto de los fijos, haciendo a los primeros de peor condición que los segundos hasta el punto de considerar que los mismos no ingresaron realmente en la empresa sino desde el momento en que adquirieron la condición de fijos, perjudicando por ello sus intereses en cuestión de tanta trascendencia como la relativa a la causación de sus derechos de pensión futuros”. En suma, resulta claro en la actualidad que el hecho de que la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones posibilite la articulación de diferentes subplanes dentro de un mismo sistema de previsión, afectando a colectivos distintos y con la posibilidad, incluso, de dotar a los mismos de aportaciones diferentes, no determina necesariamente la razonabilidad de cualquier criterio de diferenciación, menos aún cuando se trata del vínculo temporal o indefinido de los partícipes.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que para que la integración del colectivo de empleados o trabajadores en cada subplan sea válida resulta obligado que se haga conforme a criterios establecidos mediante acuerdo colectivo o pacto de empresa o se haya previsto en el Reglamento correspondiente [art. 4.1.a), párrafo 6º TRLFPF]. Estamos, en este sentido, al igual que lo dicho para la diversificación de aportaciones, ante la exigencia de que la articulación de subplanes cuente con el soporte negocial oportuno o, al menos, quede reflejado en las especificaciones del plan.

Quedan por analizar, finalmente, dos cuestiones de no menor importancia en lo que a la configuración de los subplanes se refiere, a saber, el que éstos puedan ser de modalidades diferentes conforme a lo previsto por el art. 4.1.a) párrafo 6º TRLFPF y el art. 25.4 RFPF y los efectos de la movilidad funcional en la empresa en la concreta adscripción a los subplanes de los empleados afectados por tales medidas. Con respecto

a la primera de las cuestiones, hay que reiterar que tales modalidades podrán ser algunas de las previstas en el art. 4.2 TRLFPF, es decir, bien de prestación definida, de aportación definida o mixtos. De optarse por esta posibilidad, resulta patente la complejidad que adquiriría la estructura interna del plan en este punto¹⁶⁸⁰. En segundo lugar, y en lo que respecta a la espinosa cuestión de las consecuencias de la movilidad funcional en la empresa (art. 39 ET), es evidente que el cambio en las funciones habitualmente prestadas por el trabajador puede determinar igualmente un nuevo encuadramiento en el subplán correspondiente, siendo decisivo la adopción de un criterio por parte del plan de pensiones que resuelva los efectos que en el ámbito del mismo puede tener dicha movilidad, especialmente en cuanto a las diferentes aportaciones y/o prestaciones existentes en cada subplán¹⁶⁸¹. En todo caso, habría que entender aplicables los criterios generales previstos para los supuestos de movilidad funcional en lo concerniente a los derechos económicos de los trabajadores en los supuestos de movilidad ascendente y descendente *ex art. 39 ET* y, en su caso, en las indicaciones establecidas en el convenio colectivo aplicable¹⁶⁸². Por todo ello, cabe entender que en estos casos las aportaciones se harán en el subplán donde la aportación fuese de mayor cuantía¹⁶⁸³. Sin embargo, algún pronunciamiento jurisprudencial niega esta posibilidad considerando que la referencia del acuerdo de previsión a la categoría profesional como elemento de determinación de la base sobre la que se calcula la aportación al plan impide que se pueda acudir al salario que en cada caso se perciba por el trabajador por situaciones que tienen un carácter extraordinario (...) ¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁸⁰ REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídicos-laborales...”, *op. cit.*, p. 249.

¹⁶⁸¹ En este sentido, no hay una regulación expresa de los reglamentos de planes de pensiones sobre este particular, salvo en lo relativo a los efectos que pudiera tener un ascenso, asimilación o promoción. Así, el art. 17.2 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Eléctrica de Canarias II, S.A., Sociedad Unipersonal* (25 Mayo 2001) prevé un incremento de la aportación del promotor cuando se produzca un ascenso, asimilación o promoción económica para un partícipe. También, el art. 29.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.* (9 Julio 2001) admite la revisión de la aportación en la misma proporción existente entre el salario base de la categoría inicial y el de la que promociona.

¹⁶⁸² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 49. *Vid., in extenso*, REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídicos-laborales...”, *op. cit.*, pp. 251-253.

¹⁶⁸³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 50; REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídicos-laborales...”, *op. cit.*, p. 253; CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: “La reforma de los planes...”, *op. cit.*, p. 937 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 439.

¹⁶⁸⁴ Se afirma, en este sentido, que “resulta evidente que hay una neta distinción entre la posibilidad de que el trabajador realice eventualmente funciones de superior categoría, con derecho al percibo de las diferencias salariales, como ocurre en este caso; y la adscripción permanente a una categoría superior con acción para reclamar la nueva clasificación y el reconocimiento de la misma”. En suma, para el Tribunal la aportación al Plan no se puede realizar en función del salario percibido sin más, sino que, de modo específico, se señala la incidencia del factor correspondiente a la categoría profesional, de suerte que por categoría profesional no puede ser entendida sino la que se ostenta, y no así la que corresponde a las funciones que en cada momento se lleven a cabo” [STSJ Cataluña 28 noviembre 2002 (AS 2002, 4123)].

Precisamente, esta última cuestión remite a la previsión que contenía el art. 5.4 RFPF (RD 1307/1988) en la que un mismo partícipe podía encontrarse adscrito a más de un subplán siempre que ello no constituyera una discriminación. Se trata de un supuesto que ya no se contempla como tal en el vigente RFPF (RD 304/2004), pero que convendría aclarar si tal circunstancia es posible que se de hoy. En primer lugar, habría que preguntarse si esta posibilidad se configura como una facultad del partícipe que puede ejercitar al encontrarse en esta situación, o bien se trata de un aspecto que se debe prever en el reglamento correspondiente y, por tanto, es el plan el que autoriza la pertenencia o no del partícipe a varios subplanes¹⁶⁸⁵. Cabría apreciar que se está una facultad de adscripción que debe ser adoptada por el sistema-plan, dado que la decisión de favorecer la adscripción de partícipes a más de un subplán debe atender a criterios objetivos y razonables para evitar la tacha de discriminatoria. En todo caso, se trata de una situación excepcional, puesto que la pertenencia del partícipe a más de un subplán tiene repercusiones económicas importantes que se traducen en una doble aportación del promotor y, en su caso, del propio partícipe.

C) Las dudas sobre la compatibilidad de la diversidad de tutelas protectoras con el principio de no discriminación: las nulas referencias a la igualdad por razón de sexo aplicada a la protección complementaria

La fragmentación del sistema de previsión como resultado del ejercicio de las facultades reconocidas en el art. 4.1.a), párrafo 6º TRLPFP (diversificación de aportaciones y/o creación de subplanes) plantea serias dudas sobre si el principio de no discriminación consagrado en el TRLPFP puede resultar compatible con aquéllas. En el primer caso, la posibilidad de admitir diferencias en las aportaciones del promotor a sus partícipes puede resultar menos criticable, visto desde el plano del principio de igualdad, dado que en algunos casos será razonable la adopción de aquella medida al objeto de poder atender las diversas circunstancias profesionales en las que se pueda encontrar el trabajador¹⁶⁸⁶. Sin embargo, más difícil resultará la aceptación del supuesto de la diferenciación en subplanes del colectivo laboral de una misma empresa afectado por un mismo plan general, ya que

¹⁶⁸⁵ En la práctica, los reglamentos de planes de pensiones tan sólo admiten la adscripción a varios Subplanes en supuestos muy concretos. Así, el art. 6 2 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Mutua Universal* (Noviembre 1994) establece que la pertenencia de un partícipe al Subplán A es compatible con la pertenencia al Subplán B. Por el contrario, la adscripción al Subplán C es incompatible con la adscripción a los Subplanes A y B. Por su parte, el art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco de Sabadell* (2 Marzo 1999) admite la pertenencia a los dos colectivos diferenciados previstos. Por el contrario, el art. 6 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA* (18 Abril 2002) niega la posibilidad de que los partícipes puedan estar adscritos a más de un colectivo.

¹⁶⁸⁶ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 256.

la heterogeneidad que se alcanza con los mismos puede suponer una ruptura del principio de unidad de protección de los planes y no se dan en el ordenamiento legal suficientes garantías como para evitar en la práctica situaciones discriminatorias.

Así, en el caso de los subplanes se ha podido decir que con los mismos se introduce una importante excepción al alcance del genérico principio de no discriminación puesto que autoriza un trato desigual dentro del colectivo de trabajadores adscritos, sin embargo, a un mismo plan general¹⁶⁸⁷. Y es que la articulación de subplanes plantea, por un lado, el riesgo de escindir en grupos el colectivo asegurado y crear para cada uno de ellos distintos niveles de protección, provocando una ruptura del principio de universalidad de cobertura¹⁶⁸⁸ y, por otro lado, una fragmentación de la representación del colectivo asegurado en el seno de la comisión de control, con la consiguiente corporativización de ésta¹⁶⁸⁹. En suma, se ha podido decir que el establecimiento de diferentes subplanes en el interior de cada plan de pensiones del sistema de empleo, al igual que si se tratara de categorías o cuadros, podría conllevar la instauración de sistemas de previsión restringidos a ciertos colectivos de trabajadores y, en ningún caso, generalizados para todos los trabajadores que deseen contratar el plan, con lo que se estaría fomentando un sistema de protección facultativo¹⁶⁹⁰. En verdad, el análisis que hemos realizado con anterioridad de la ordenación jurídica de los subplanes en modo alguno sirve para despejar las dudas acerca de la compatibilidad de los mismos con el principio legal de no discriminación; más bien al contrario, dado que el sistema positivo puede acentuar los problemas de adecuación de tal medida con la ratio que inspira el mencionado principio antidiscriminatorio. Algunos ejemplos servirán para justificar esta afirmación.

De un lado, y pese a su aceptación jurisprudencial, cabe mencionar las dudas que se plantean en torno a la posibilidad de diferenciar a los partícipes en función de su fecha de incorporación a la empresa afectada por el plan. Resulta incuestionable que de acordarse la constitución de dos o varios subplanes diferentes, reservando cada uno de ellos para los trabajadores que ingresen a partir de una determinada fecha, el plan contará con una diversidad de tutelas protectoras en las que no cabría descartar que los futuros empleados de nueva incorporación fueran los más perjudicados con este régimen protector. De nuevo, la inexistencia de una motivación objetiva y razonable que acredite debidamente esta disparidad de

¹⁶⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 46. En la misma línea, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Comentario de...", *op. cit.*, p. 1015 y MERAYO RAMOS, M.: "La perspectiva de UGT...", *op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁸⁸ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de...*, *op. cit.*, p. 531.

¹⁶⁸⁹ MERAYO RAMOS, M.: "La perspectiva de UGT...", *op. cit.*, p. 61 y MONEREO PÉREZ, J. L.: "Instituciones de control y gestión...", *op. cit.*, p. 576.

¹⁶⁹⁰ REGUERO CELADA, J.: "Aspectos jurídico-laborales...", *op. cit.*, p. 247.

tratamiento haría inviable ésta. Y es que, a nuestro juicio, y en favor del principio de igualdad de trato en el ámbito de la protección complementaria profesional, hubiera sido más adecuado sustraer a la iniciativa particular y a la autonomía colectiva la facultad de articular subplanes de acuerdo con este criterio¹⁶⁹¹.

Al mismo tiempo, la previsión normativa de que los subplanes puedan ser de modalidades diferentes (art. 25.4 RPPF) resulta igualmente de difícil encaje con respecto al principio legal de no discriminación. Precisamente, cabe mencionar, en este sentido, la existencia de reglamentos de planes de pensiones¹⁶⁹² que prevén un subplan de prestación definida para todas las contingencias, generalmente el integrado por partícipes de mayor antigüedad incorporados con anterioridad a una determinada fecha, y un subplan de aportación definida o mixto para el resto de partícipes. Aún cuando pudiera justificarse este distinto tratamiento protector en función de las características de los empleados pertenecientes al mismo –mayor edad, mayor necesidad de aportaciones para obtener determinadas prestaciones– es indudable que los trabajadores de este colectivo se ven mejor protegidos en la modalidad de prestación definida, ya que en este supuesto la prestación queda predeterminada con anterioridad, siendo el promotor el obligado a asumir los riesgos económicos propios de una posible desviación en los cálculos actuariales. Por el contrario, en los subplanes de aportación definida es el beneficiario quién asume la incertidumbre de poder ver disminuida la prestación esperada, si la rentabilidad del fondo es menor de la prevista.

Finalmente, cabe referirse a la posibilidad de que la fragmentación de la plantilla en colectivos diferenciados en el ámbito del sistema de previsión pueda tener lugar sin el control de la negociación colectiva, bastando con que tal medida se prevea en el reglamento del plan. A nuestro juicio, el cambio normativo que se ha producido en este punto entraña mayores riesgos desde el punto de vista del mandato antidiscriminatorio contenido en el TRLPPF, ya que si bien hasta ahora la preceptiva intervención de la autonomía colectiva podía atenuar los efectos negativos de la eventual configuración del plan en subplanes, lo cierto es que en la actualidad los elementos de contradicción con el principio de no discriminación son más evidentes dado que los criterios de establecimiento de subplanes se pueden acordar a través de pactos adoptados por sujetos

¹⁶⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 47.

¹⁶⁹² Véanse, entre otros, el art. 12 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones para los Empleados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, Ibercaja* (31 Octubre 2001); art. 3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Avilacaja*; art. 3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja Insular de Ahorros de Canarias* y art. 6 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Distrimadrid*.

que no tienen porqué representar los intereses generales de todos los trabajadores o empleados¹⁶⁹³.

En conclusión, hay que considerar que las dudas que suscita la figura jurídica del subplan aconsejan, hoy como ayer, su replanteamiento, cuando no su directa eliminación. Pese a que se pueda reconocer que esta técnica diversificadora pueda tener cierta utilidad para atender las circunstancias especiales en que se hallen determinados colectivos, especialmente en el caso de los trabajadores de edad avanzada, lo cierto es que ese resultado se puede obtener a través del recurso a otras vías jurídicas previstas en el TRLPFP sin necesidad de la división de la plantilla en colectivos diferenciados¹⁶⁹⁴. A nuestro juicio, resulta más acorde con el principio legal de no discriminación la opción de realizar tratamientos diferenciados o peculiares para grupos homogéneos en el marco de un único plan, con intervención, supervisión y control de la autonomía colectiva, pudiéndose diferenciar entre las aportaciones del promotor y, derivativamente, entre las prestaciones económicas a recibir por los sujetos protegidos¹⁶⁹⁵.

Finalmente, cabe llamar la atención de otra de las deficiencias que se constata en nuestro ordenamiento y más específicamente en el ámbito de la protección social complementaria, a saber, las nulas o escasas referencias que nuestro sistema legal realiza a una eventual diversificación del régimen protector de los planes privados de pensiones por razón de sexo. Y es que no resulta nada descabellado que tal situación se pudiera producir atendiendo a la distinta esperanza de vida entre hombres y mujeres. En cualquier caso, y como en el resto de las circunstancias objetivas comentadas (edad, diferencias salariales, etc.) que pueden servir de base para justificar un tratamiento diferenciado, se impone la aplicación de la cláusula general y específica de igualdad en este punto (arts. 14 CE y 17 ET, respectivamente), imposibilitando teóricamente cualquier situación discriminatoria por razón de sexo. Además, habrá que tener en cuenta lo previsto en la Directiva 2006/54/CE, a la que ya se ha hecho referencia.

Sin embargo, y pese a esta doble limitación constitucional y comunitaria, lo cierto es que en la práctica la protección social complementaria no ha dejado de ser un ámbito demasiado proclive a experimentar tratamientos diferenciados que se fundamentan en el género de los trabajadores, tanto en lo que se refiere a las aportaciones como a las prestaciones devengadas, lo que ha obligado a una actuación jurisprudencial del TJCE en tal sentido, propiciando con sus decisiones una acotación del principio igualatorio por razón de sexo en este campo¹⁶⁹⁶. Por

¹⁶⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 55; ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 39.

¹⁶⁹⁴ MERAYO RAMOS, M.: “La perspectiva de UGT...”, *op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 576.

¹⁶⁹⁶ Son decisivos, entre otros, los siguientes pronunciamientos: STJCE 22 diciembre 1993, *Neath* y STJCE 28 septiembre 1994, *Coloroll*.

ello, resulta obligado en este punto acudir a las decisiones judiciales que en el ámbito comunitario se han producido, las cuáles por otra parte fueron incorporadas a la Directiva 86/378/CEE a través de las modificaciones introducidas por la Directiva 96/97/CE y, en la actualidad, a la Directiva 2006/54/CE.

1.5. La limitación de las aportaciones anuales

La realización de contribuciones y aportaciones a un plan de pensiones del sistema de empleo cuenta con una limitación importante, respecto de la cuál ya se hicieron algunos comentarios en otro lugar, a saber, la imposibilidad de sobrepasar una cantidad máxima anual. Interesa aquí poner de manifiesto algunas notas caracterizadoras de este requisito que, cabe insistir, ha sido objeto de importantes transformaciones normativas. De entrada, resulta oportuno recordar la controversia que suscitó el mismo nada más aprobarse la anterior LPFP (Ley 8/1987). Sin cuestionar el límite en sí, es decir, el establecimiento de una limitación de aportaciones¹⁶⁹⁷, lo cierto es que las críticas que se realizaron en contra de esta condición se centraban en dos aspectos básicos: de un lado, se consideraba que la cifra fijada inicialmente como techo máximo para la financiación de un plan podía resultar insuficiente para algunos grupos de la población activa, especialmente para las personas de edad avanzada y para aquéllas con rentas elevadas¹⁶⁹⁸; de otro lado, se hacía notar que el establecimiento del citado límite para la unidad familiar planteaba una discriminación para las familias que contaran con varias personas trabajando¹⁶⁹⁹, que podían ver perjudicada su capacidad de ahorro en relación a las personas solteras¹⁷⁰⁰. Precisamente, en un intento por superar estos inconvenientes apuntados por la doctrina, se fueron introduciendo reformas normativas con objeto de resolver estos problemas¹⁷⁰¹. En primer lugar, se aumentaron de forma sucesiva los límites de aportaciones y/o contribuciones que eran posibles efectuar a planes de pensiones. En segundo lugar, el límite se incrementaba hasta un máximo para los partícipes mayores de 52 años. Y, en tercer lugar,

¹⁶⁹⁷ Para SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, la existencia de la limitación podía justificarse, entre otras razones, precisamente por el carácter no sustitutorio de la Seguridad Social, lo que implicaba que la norma reguladora de los planes cerrara el paso a la opción que algunas categorías profesionales podía tomar: “cotizar en la tarifa más baja posible de la Seguridad Social y establecer planes de pensiones que cubran el grueso de sus rentas de activo en el momento de tránsito a la situación de pasivo” (*Aspectos económicos...*, *op. cit.*, p. 215). Por su parte, MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERNANDO PIÑOL consideraban que el beneficio fiscal que se obtenía por parte de los Fondos constituía motivo suficiente para establecer una limitación en las aportaciones (*Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 78).

¹⁶⁹⁸ SAÉNZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos...*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁶⁹⁹ PARRA MARTÍN-URDA, D.: “La implantación en España...”, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁰⁰ MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERNANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁷⁰¹ Un comentario a estas modificaciones en VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, *op. cit.*, pp. 190-192; DELGADO PLANÁS, C.: *Como complementar la pensión...*, *op. cit.*, pp. 138-141 y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión...”, *op. cit.*, pp. 113-118.

se adoptó la solución de aplicar la limitación de forma independiente para las aportaciones de los partícipes, de un lado, y para las contribuciones empresariales, de otro. Aparte de su aplicación de forma individual para cada partícipe integrado en la unidad familiar.

Grosso modo, este régimen jurídico relativo al límite máximo de aportaciones es el que se mantuvo en vigor hasta la aprobación de la ya citada Ley 35/2006, de 28 de noviembre. Como ya se apuntara en otro lugar de este trabajo, el nuevo art. 5.3 TRLPFP vuelve a incluir en el cómputo de las aportaciones anuales máximas las contribuciones que los promotores de planes de pensiones de empleo imputen a los partícipes, no pudiendo exceder entre ambas –aportaciones y contribuciones- la cantidad de 10.000 euros, con la salvedad antes reseñada de que los partícipes mayores de cincuenta años, verán incrementado el límite anterior en 2.500 euros adicionales [letra a)]. Por otro lado, se reitera que la anterior limitación de aportación al sistema de previsión se aplicará individualmente a cada partícipe integrado en la unidad familiar [letra b)].

Poco hay que decir de la oportunidad de esta orientación reformista de que ha sido objeto la limitación máxima anual de aportaciones, ya que podríamos resultar en exceso reiterativos. En otro lugar nos explayamos al respecto, al poner de manifiesto los inconvenientes que presentaba el aumento sucesivo del techo máximo de aportaciones. Por ello, se trata ahora de prestar nuestra atención a los siguientes aspectos directamente relacionados con la cuestión objeto de estudio: de un lado, interesa preguntarse acerca de los efectos que estos aumentos legales, sucesivos y frecuentes, pueden tener en el régimen financiero del plan; de otro, conviene preguntarse acerca de las consecuencias que en el ámbito del plan pueden tener los excesos de aportación.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas hay que recordar que la previsión contenida en el art. 6.1.a) RFPF en el que se indica que la limitación anual máxima de aportaciones puede ser modificada por una disposición con rango de ley plantea a los planes de pensiones la necesidad de contemplar en sus especificaciones la incidencia de tales modificaciones. En otros términos, las reformas que se puedan suceder en cuanto a una eventual elevación del límite máximo de aportaciones anuales exige del plan que se pronuncie sobre los efectos que esta modificación puede tener con respecto a los compromisos de contribución hasta ese momento adoptados. Piénsese, por ejemplo, que un aumento del tope máximo puede llevar a los sujetos negociadores del plan a plantearse un reequilibrio de las obligaciones económicas asumidas en el mismo, especialmente las soportadas por el promotor. En consecuencia, de producirse un cambio legal en tal sentido, habrá que estar a lo dispuesto en

el plan a efectos de la modificación de su régimen financiero¹⁷⁰². Ello parece descartar la posibilidad de la aplicación automática del expresado aumento legal del límite máximo de las aportaciones anuales, por cuanto siempre será necesario un examen relativo a la nueva distribución de las aportaciones financieras de las partes. Resulta difícil sostener que una revisión al alza del citado límite pueda tener una incidencia directa e inmediata en el nivel de los compromisos de contribución adquiridos por el promotor sin necesidad de que exista acuerdo alguno al respecto¹⁷⁰³.

Por último, cabe referirse a las consecuencias previstas en sede reglamentaria ante la posibilidad de que se produzca un exceso de aportaciones por encima del límite máximo anual. De entrada, el art. 6.3, párrafo 1º RFPF señala que tales excesos podrán ser retirados antes del 30 de junio del año siguiente al que se produzca el exceso de aportación. De no producirse la retirada del mismo en el plazo indicado se impondrá la sanción prevista en el art. 36.4 LPFP consistente en “una multa equivalente al 50 por 100 de dicho exceso (...)”. En cuanto al régimen de devolución de las cuantías indebidamente aportadas, el art. 6.3 RFPF establece tres reglas básicas: la primera, en la que se indica que la devolución se realizará por el importe efectivamente aportado en exceso, con cargo al derecho consolidado del partícipe, siendo así que la rentabilidad imputable al exceso de aportación acrecerá al patrimonio del fondo de pensiones si fuese positiva, y será de cuenta del partícipe si resultase negativa [letra a)]; la segunda, en la que, tratándose de exceso de aportaciones de promotores de planes de pensiones del sistema de empleo, procederá igualmente la devolución por el importe efectivamente aportado en exceso acreciendo el patrimonio del fondo la rentabilidad positiva imputable a éste, siendo de cuenta del promotor si resultase negativa [letra b)]. La tercera, en la que en caso de confluencia en un mismo ejercicio de aportaciones del partícipe con aportaciones de éste vinculadas a las contribuciones empresariales a un plan de empleo, resulta preceptivo retirar en primer lugar las aportaciones realizadas al plan individual o asociado [letra c)]. Nada dice el RFPF acerca del orden que debe seguirse en la devolución de las aportaciones cuando confluyan en el plan del sistema de empleo tanto las del partícipe como las

¹⁷⁰² Lo normal será que la propia comisión de control se encargue de las modificaciones pertinentes a realizar en el reglamento del plan para su adaptación a los nuevos límites máximos. *Vid.* art. 30 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S. A.* (9 julio 2001).

¹⁷⁰³ Esta es la conclusión a la que llega la STS 10 marzo 1997 (*J* 1997, 451) en interpretación del reglamento del plan de pensiones de la entidad “Repsol Exploración, S. A.”, al considerar que la previsión contenida en el mismo prescribiendo la revisión automática del límite de aportaciones en la medida en que sea variado por la legislación vigente no debe interpretarse en el sentido de que deba aplicarse sin más el nuevo límite máximo: “una cosa es prever el establecimiento de un nuevo límite máximo y otra prever la necesaria aplicación sin más, de dicho límite. Otra conclusión no se entendería en el contexto del citado Reglamento, que contiene específicas previsiones para el caso de modificación del Plan (...), modificaciones en cuyo ámbito se inserta la revisión del límite, en cuanto implica o puede implicar, (...) un aumento de las obligaciones económicas del promotor”.

del promotor, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en las especificaciones del plan¹⁷⁰⁴.

2. El régimen jurídico de los “derechos consolidados” de los partícipes y de los derechos económicos de los beneficiarios

Decíamos más arriba que de la proclamación de los partícipes y los beneficiarios como únicos titulares de los recursos patrimoniales afectos a un plan se deducía la atribución a éstos de distintos derechos, consolidados a los primeros, y adquiridos o económicos a los segundos. Asimismo, señalábamos que la diferenciación entre unos y otros se derivaba de la distinta posición jurídica ocupada en el ámbito del sistema de previsión del plan. Pues bien, momento es de pasar al análisis pormenorizado y por separado de ambas situaciones.

2.1. Los derechos consolidados de los partícipes: concepto, determinación y características

De entrada, el TRLPFP no define de manera genérica que es lo que hay que entender por derechos consolidados de los partícipes. Al contrario, su caracterización se hace teniendo en cuenta la modalidad del plan en el que se insertan. En concreto, el art. 8.7.a) TRLPFP prevé para el supuesto de los planes de aportación definida que los derechos consolidados de los partícipes estarán constituidos por la cuota parte que corresponde al partícipe, determinada en función de las aportaciones, rendimientos y gastos, y para el caso de los planes de prestación definida por la reserva que le corresponda de acuerdo con el sistema actuarial utilizado¹⁷⁰⁵. Sin embargo, hay que acudir al RFPF para obtener una noción general de los derechos consolidados de los partícipes, entendiendo por tales “los derechos económicos derivados de sus aportaciones y del régimen financiero actuarial de capitalización que aplique el correspondiente plan de pensiones” (art. 22.2). En suma, cabe decir que los derechos consolidados de un partícipe son la valoración en un momento dado de sus derechos económicos en relación al plan¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁴ Sirva de ejemplo lo previsto en el art. 21.4 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los empleados de Telefónica* (febrero 2005) que señala que en el momento en que se produzca un exceso, dejarán de realizarse nuevas aportaciones y se procederá a devolver el posible exceso con arreglo al siguiente orden: primero, aportaciones voluntarias del partícipe; segundo, contribuciones obligatorias extraordinarias del promotor; tercero, aportaciones obligatorias ordinarias del partícipe; cuarto, contribuciones obligatorias ordinarias del promotor.

¹⁷⁰⁵ Una regulación pormenorizada del sistema de financiación y, especialmente, del modo en que se determinan los derechos consolidados de los partícipes se puede encontrar en el art. 12 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de “Empleados Banco Urquijo”* y del *Plan de Pensiones Empleados del Consorcio de Compensación de Seguros*.

¹⁷⁰⁶ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERNANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 92.

De esta primera aproximación conceptual a los derechos consolidados de los partícipes se pueden destacar dos aspectos básicos: de un lado, que dicha noción atiende a la posición jurídica individual de cada partícipe a través de la cual se delimita la parte o porción del activo del fondo a través del cuál se instrumenta financieramente el plan¹⁷⁰⁷; de otro, que la concreta determinación de aquélla toma en cuenta el sistema financiero-actuarial que subyace en el régimen de previsión adoptado, el cuál depende, fundamentalmente, de la modalidad del plan de que se trate en función de las obligaciones estipuladas¹⁷⁰⁸. Por ello, y teniendo en cuenta este último aspecto, resulta especialmente importante describir brevemente el modo en que se cuantifican los mencionados derechos, lo que obliga a remitirnos a la clasificación de las diferentes modalidades de planes señalada. Antes de ello, conviene recordar una cuestión previa de especial trascendencia a los efectos de obtener una valoración adecuada de la noción de los derechos consolidados. En concreto, nos referimos a la inexistencia en nuestro ordenamiento de un período de estancia (*vesting period*) en el plan necesario para la consolidación de los citados derechos, lo que, por el contrario, si resulta habitual en otros países¹⁷⁰⁹. Ello significa que el partícipe asume la titularidad individual de los recursos afectos al plan a medida que el promotor contribuye al mismo en su nombre o a medida que él mismo va haciendo aportaciones¹⁷¹⁰.

Como decíamos, la cuantificación de los derechos consolidados varía en función de la modalidad del plan, de manera que en los planes de aportación definida los derechos económicos del partícipe son el resultado de las aportaciones realizadas y la rentabilidad obtenida del fondo, menos los gastos necesarios para el funcionamiento del plan en un momento dado [art. 22.2.a) RFPF]. Esto es así, por cuanto en esta modalidad de planes los compromisos futuros no están determinados, al no contemplarse ninguna hipótesis, ni de tipo financiero, ni demográfico, ya que no se garantizan las prestaciones futuras¹⁷¹¹. Por el contrario, en los planes de prestación definida y en los mixtos, al determinarse la pensión, los derechos

¹⁷⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.* p. 313.

¹⁷⁰⁸ TAPIA HERMIDA, A. J.: *Manual de Derecho de seguros...*, *op. cit.*, p. 306.

¹⁷⁰⁹ Un análisis comparativo de los períodos de permanencia en el plan exigidos en diversos países al objeto de poder adquirir derechos de previsión se puede encontrar en TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension...*, *op. cit.*, pp. 153-154. Llama la atención la evolución del caso Alemán, en el que se ha pasado de diez a cinco años de adhesión y el del ordenamiento estadounidense, en el que la adquisición o consolidación de los derechos a pensiones puede variar de forma proporcional a los años de servicio [ERISA 203 (a) (2) (B)]. *Vid.* ampliamente sobre esta posibilidad CONISON, J.: *Employee Benefits...*, *op. cit.*, pp. 78-95. También en Italia el art. 7.2 D.Leg. n. 124/1993 exige un período de pertenencia al fondo de cinco años (mínimo) para tener derecho a las prestaciones comprometidas en el acuerdo de previsión, condición que se reproduce en el art. 11.2 D.Leg. n. 152/2005.

¹⁷¹⁰ La no exigencia de condiciones restrictivas para la consolidación de derechos resulta coherente con el tratamiento de salario diferido otorgado a las contribuciones del promotor del plan (SÁENZ DE JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos...*, *op. cit.*, p. 220).

¹⁷¹¹ GALLEGOS LOSADA, R.: *Sistemas privados de pensiones...*, *op. cit.*, p. 179.

consolidados del partícipe estarán constituidos por la parte de las provisiones matemáticas¹⁷¹² que el plan está obligado a asumir por la cobertura de un riesgo derivado de las contingencias previstas en el mismo [art. 22.2.b) RPPF]. Además, los derechos consolidados incluirán la cuota parte que corresponda al partícipe en las reservas patrimoniales que integran el margen de solvencia, aún cuando como indica el art. 22.2.b), párrafo 2º RPPF las especificaciones de los planes podrán prever la no inclusión en los derechos consolidados de la cuota parte de las reservas patrimoniales que integren el mencionado margen de solvencia correspondiente al partícipe. Además, las especificaciones del plan concretarán las contribuciones suplementarias del promotor que deriven de un déficit que haya sido determinado como resultado de una revisión actuarial [art. 22.2.b), párrafo 3º RPPF]. Para las contingencias en las que, estando definida la cuantía de las aportaciones, se garantice la obtención de un interés mínimo o determinado en su capitalización, el derecho consolidado estará integrado por el fondo de capitalización correspondiente y el margen de solvencia que corresponda al partícipe [art. 22.2.c), párrafo 1º RPPF].

De lo expuesto se deduce una característica común a ambos tipos de planes, en lo que a la correcta cuantificación de los derechos consolidados se refiere, a saber, la correspondencia entre el patrimonio total de un plan y la cantidad resultante de sumar los derechos económicos de los partícipes y futuros beneficiarios, de modo que no pueden existir partes patrimoniales sin asignación alguna¹⁷¹³. Ello tiene dos importantes consecuencias: la primera, que en el caso de prestaciones no definidas, cuando se produzca el hecho que da lugar a una prestación a favor de un beneficiario, su cuantía deberá ajustarse al derecho consolidado del partícipe que genera el derecho a aquélla; la segunda, que en el supuesto de prestaciones definidas la desviación desfavorable entre la reserva constituida y la prestación exigible deberá ser soportada por el promotor, o según lo establecido en las especificaciones del plan de pensiones (art. 22.3 RPPF).

La importancia de precisar el método de medida de los derechos consolidados se deriva de la doble función jurídica que cumple el concepto de derecho consolidado. Y es que, por un lado, dicha noción conforma el

¹⁷¹² De estar asegurado el plan, cada partícipe tendrá asignada una provisión matemática individualizada en la póliza suscrita con la Entidad Aseguradora del mismo. Al respecto véanse, el art. 22 de los *Reglamento del "Plan de Pensiones Empleados Banco Vitalicio"* (1 Enero 1997); *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Finanzauto, S.A.* (5 Diciembre 2000) y el art. 33 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Credit Agricole Indosuez "Sucursal en España"* (22 Diciembre 1997).

¹⁷¹³ VV. AA.: *La exteriorización de los compromisos...*, *op. cit.*, p. 50. Para MORENO ROYES, SANTIDRIÁN ALEGRE y FERNANDO PIÑOL este principio resta capacidad de maniobra al Plan y recuerdan que en otros países "es frecuente que una parte del patrimonio quede inasignada y pueda ser utilizada para atender aspectos concretos según la decisión de la Comisión de Control (*Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 92).

contenido básico del derecho de titularidad de los partícipes y beneficiarios, y, por otro, suministra una razonable seguridad jurídica respecto a ciertas vicisitudes empresariales y de mercado. De ahí que no sólo resulte esencial para la correcta determinación de los derechos económicos que les corresponde a los partícipes, sino que además sirve de base para el reconocimiento de un amplio número de derechos anexos a aquéllos, tanto de información –el derecho a conocer trimestralmente el importe actualizado de su dotación o de su provisión matemática, art. 34.4 RFPF- como de estabilidad de su posición en el plan, pese a la incidencia de determinadas circunstancias o situaciones que podrían provocar su exclusión –el derecho a permanecer como partícipe en suspenso tras la extinción contractual, art. 35.2 RFPF-, o de cierta seguridad económica –derecho a la movilización de los recursos a otro plan y/o fondo; derecho de rescate en determinados supuestos-¹⁷¹⁴.

Por último, cabe referirse a las características que, de modo general, presentan los derechos consolidados, de las que cabe destacar las siguientes: la iliquidez, la inembargabilidad, la inamovilidad y su constancia formal¹⁷¹⁵. En cuanto a la primera, cabe resaltar que estaríamos ante uno de los rasgos más sobresalientes de estos derechos consolidados, ya que se trata de la privación impuesta a partícipes y, en su caso, beneficiarios del poder de disposición sobre aquéllos¹⁷¹⁶. Así, la atribución a partícipes y beneficiarios de la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a un plan queda fuertemente limitada, al no poder acceder éstos a los mismos, ni proceder a su rescate. La disponibilidad sólo aparecerá en determinadas circunstancias previstas legalmente (art. 8.8 TRLFPF), por lo que el partícipe debe afrontar una liquidez nula del ahorro sobre el que mantiene su titularidad¹⁷¹⁷. Las razones que avalan esta posición restrictiva del legislador con respecto a la falta del reconocimiento de un derecho de rescate de los derechos consolidados conforme a la voluntad del partícipe atienden a dos aspectos concretos: de un lado, el excepcional régimen de fiscalidad nula que disfruta el sistema¹⁷¹⁸ y, de otro, la naturaleza de los planes de pensiones, como instituciones de ahorro a largo plazo y, especialmente, como mecanismos de previsión. Esta última cuestión resulta determinante a estos efectos, ya que la finalidad que concurre en los planes, cuál es la de configurarse como verdaderos instrumentos de protección de un colectivo, hace que los recursos acumulados en el sistema se inserten en la lógica de previsión del plan; de ahí que se predique la iliquidez de los

¹⁷¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.* p. 313.

¹⁷¹⁵ GARCÍA ARCE, M.^a C. y PRIETO JUÁREZ, J. A.: *Acción social en la empresa*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 450-451.

¹⁷¹⁶ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁷¹⁷ USANO CRESPO, D.: “Aspectos críticos de la regulación...”, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 37 y DELGADO PLANÁS, C.: *Como complementar la pensión...*, *op. cit.*, p. 116.

derechos consolidados en tanto que éstos deben mantenerse intactos hasta el momento de la actualización de las situaciones de necesidad cubiertas. En definitiva, la indisponibilidad encuentra su explicación en la necesidad de estabilidad y permanencia del plan como sistema de previsión¹⁷¹⁹.

Otra de las notas características de los derechos económicos de los partícipes es la de su inembargabilidad. A ello se refiere el art. 8.8, último párrafo TRLPFP al señalar que “no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración”. Por tanto, hasta que tales derechos no se hacen efectivos no cabe sobre los mismos ni el embargo ni la traba judicial o administrativa. Con ello se trata de evitar que los mismos puedan servir como garantía indirecta de alguna obligación contraída por el titular de derechos consolidados de un plan¹⁷²⁰.

Por otra parte, también se atribuye a los derechos consolidados un tercer rasgo: el que son inamovibles. Se establece como regla general el que aquéllos no puedan “movilizarse a otros planes” (art. 8.8, párrafo 4º TRLPFP), lo que no es sino una consecuencia, de nuevo, de la finalidad previsora que subyace en los planes de pensiones. De la propia configuración de los planes como mecanismos de ahorro finalista se desprende la necesidad de que los mismos se prolonguen en el tiempo, favoreciendo la acumulación de recursos a largo a plazo al objeto de poder atender adecuadamente los compromisos de previsión. En definitiva, y al igual que el derecho de disponibilidad, el de movilidad se encuentra también limitado, mientras subsista la relación laboral del partícipe¹⁷²¹.

Finalmente, el ordenamiento jurídico de los planes se preocupa de que los partícipes cuenten con la debida información documental respecto de su adhesión al régimen complementario de previsión como de la evolución de sus derechos económicos. En primer lugar, se prevé que los partícipes puedan solicitar certificados de pertenencia al plan que, en ningún caso, serán transmisibles (art. 8.9 TRLPFP). En segundo lugar, y con periodicidad al menos anual, “la entidad gestora del fondo de pensiones en el que el plan se encuentre integrado remitirá a cada partícipe certificación sobre las aportaciones, directas o imputadas, realizadas cada año natural y el valor, al final del año natural, de sus derechos consolidados” (arts. 22.6 y 34.2, párrafo 1º RFPF). Las especificaciones podrán prever plazos

¹⁷¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.* p. 314. Para BARCELÓ RICO-AVELLÓ y ÁVALOS MUÑOZ el principio de indisponibilidad contaría con una excepción derivada de la limitación máxima de aportaciones, dado que los excesos que se produzcan sobre el citado tope deberán ser retirados por mandato legal (*Previsión social...*, *op. cit.*, p. 70).

¹⁷²⁰ VV. AA.: *Previsión Social 2003-2004*, Madrid, Francis Lefebvre, 2002, p. 168.

¹⁷²¹ Así se resalta en el apartado 2.8.a) de la Proposición no de Ley sobre los sistemas complementarios de previsión social en desarrollo de la Recomendación núm. 14 del Pacto de Toledo..., *op. cit.*

inferiores al señalado anteriormente para remitir dicha información (art. 34.2, párrafo 2º RFPF). Aparte, se deberá facilitar a los partícipes y beneficiarios con carácter trimestral “información sobre la situación y evolución de sus derechos consolidados y económicos en el plan, así como otros extremos que pudieran afectarles (...)” (art. 34.4, párrafo 1º RFPF). No obstante, en lo que se refiere a derechos consolidados correspondientes a prestaciones definidas de los partícipes, serán las especificaciones del plan o la propia comisión de control la que acordará los términos o plazos para facilitar la información periódica prevista, incluyendo necesariamente la cuantificación de los derechos consolidados de los partícipes en caso de cese o extinción de la relación laboral (art. 34.4, último párrafo RFPF).

A) La disponibilidad limitada de los derechos consolidados: la enfermedad grave y el desempleo de larga duración como supuestos excepcionales de liquidez

El reconocimiento de un principio de indisponibilidad¹⁷²² relativo a los derechos consolidados de los partícipes contó desde la aprobación de la anterior LPFP (Ley 8/1987) con el rechazo de ciertos sectores que veían que dicha iliquidez iba a ser un freno muy importante para la contratación de este tipo de productos para las personas jóvenes¹⁷²³ y que de haberse posibilitado el rescate en determinadas y muy excepcionales situaciones (desempleo, despido, etc.), éste serviría de estímulo para que muchos trabajadores vieran con mayor simpatía la nueva institución de los fondos de pensiones¹⁷²⁴. Sea como fuere, lo cierto es que la dificultad de abordar esta problemática, ampliando de hecho el sistema de ahorro-pensión a un sistema de ahorro-enfermedad o de ahorro-desempleo, fue determinante a la hora de cerrar el modelo, asumiendo un exceso de rigidez ante ciertas situaciones límites difíciles de acotar¹⁷²⁵.

Pese a ello, la preocupación sobre este aspecto siguió latente. De hecho, desde la propia LPFP, en su anterior versión, se intentó suavizar este principio de indisponibilidad autorizando a los fondos de pensiones a que pudieran conceder créditos a los partícipes para supuestos de contingencias no cubiertas por el plan (art. 17.2)¹⁷²⁶. Dicha concesión debía

¹⁷²² Dicho principio resulta equiparable a la figura de la anticipación prevista en el ordenamiento italiano en el art. 7.4 DLeg. n. 124/1993 (actualmente en el art. 11.7 DLeg. n. 252/2005). Un análisis de la misma se puede encontrar en CIOCCA, G.: “Le prestazioni”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, pp. 435-437.

¹⁷²³ Para DELGADO PLANÁS puede servir de ejemplo “el caso de un trabajador de 30 años que vería inmovilizadas las aportaciones y sus rendimientos durante un período de 35 años sin que pudiese disponer de este ahorro en supuestos como paro continuado, enfermedad grave o, con carácter general, cualquier necesidad de liquidez forzosa durante ese período” (*Como complementar la pensión...*, *op. cit.*, p. 116).

¹⁷²⁴ MERAYO RAMOS, M.: “La perspectiva de UGT...”, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷²⁵ USANO CRESPO, D.: “Aspectos críticos de la regulación...”, *op. cit.*, p. 37.

¹⁷²⁶ Se trataba, por lo demás, de un derecho a la obtención de un crédito que debía contar con un reconocimiento explícito en el plan/fondo de pensiones, dado que aquél no formaba parte, en la Ley y en

fundamentarse en una disminución de la renta disponible del partícipe, ya fuera por un incremento en sus gastos exigidos o la menor percepción de salarios. La cuantía máxima de estos créditos no podía exceder del 80 por 100 de los derechos consolidados del partícipe y su tipo de interés no podía ser inferior al del mercado para el plazo de la operación (art. 35.2 RD 1307/1988)¹⁷²⁷. Como se ve, la regulación de estos créditos tenía por objeto el compensar económicamente a los partícipes que ven disminuidos sus ingresos al no poder hacer efectivos sus derechos consolidados¹⁷²⁸. Sin embargo, su concesión comportaba ciertos riesgos para el propio sistema ya que el impago de los mismos podía repercutir negativamente en los derechos consolidados del resto de los partícipes¹⁷²⁹, lo que pudo ser uno de los factores condicionantes de la reconsideración de una eventual disponibilidad de los derechos consolidados ante circunstancias excepcionales¹⁷³⁰. Efectivamente, la Ley 66/1997, de 30 diciembre da el primer paso a favor de la liquidación de los derechos consolidados en

el reglamento, del contenido sustantivo y obligatorio de los planes de pensiones, ni tampoco del régimen esencial de los fondos. Tal y como ha señalado la STSJ Asturias 19 marzo 2004 (AS 2004, 1220) “los Planes y Fondos de Pensiones son instrumentos de ahorro, no crediticios, por eso la cuestión del crédito esta regulada en los apartados destinados a la disciplina financiera de los fondos de pensiones, tratándose como un mero instrumento financiero cuya existencia o inexistencia no condiciona la validez del Fondo de Pensiones y de los Planes a él adscritos”. Por ello, prosigue la citada sentencia, se explica que su regulación fuera parca e incompleta en el ya derogado art. 35.2 RFPF (RD 1307/1988), pues la finalidad de la norma era exclusivamente abrir la posibilidad del otorgamiento y no imponer su obligatoriedad. Por tanto, correspondía a los sujetos constituyentes de cada plan “hacer uso de esta posibilidad, incluyéndola en el contenido del plan y concretando sus condiciones de otorgamiento”.

¹⁷²⁷ En la práctica, las situaciones de necesidad cubiertas al amparo de la disposición reglamentaria ya derogada han sido los supuestos de enfermedad grave o accidente del partícipe o de miembros de la unidad familiar [art. 10.12 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002)] o de desempleo sin derecho a prestación ni subsidio (art. 21.2 del *Plan de Pensiones del Sistema de Empleo del Ayuntamiento de Fuenlabrada*). También, los reglamentos de planes de pensiones admitían, excepcionalmente, que la comisión de control del fondo de pensiones pudiera acordar la concesión de créditos en supuestos distintos de los anteriores, siempre que se tratara de contingencias no cubiertas por el plan que implicaran una disminución significativa de la renta disponible del partícipe. Por su parte, el art. 25.2.c) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Retevisión* preveía que la amortización de los créditos se produjera en un plazo máximo de 5 años y siempre con anterioridad a la jubilación del partícipe.

¹⁷²⁸ En esta situación, lo más habitual era que los derechos consolidados del partícipe que solicitaba el crédito se constituyeran en garantía de la parte que quedara por amortizar. Así, se recogía en el art. 25.2.c) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Retevisión* y en el art. 21.5 del *Plan de Pensiones del Sistema de Empleo del Ayuntamiento de Fuenlabrada*.

¹⁷²⁹ Y es que, en la práctica, muchas comisiones de control, especialmente las de planes pequeños y medianos, se sentían incómodas con esta facultad (DELGADO PLANÁS, C.: *Como complementar la pensión...*, *op. cit.*, p. 117).

¹⁷³⁰ Desde luego, la nueva previsión de liquidez de los derechos consolidados hacía inútil la concesión de créditos. De ahí que el art. 17.2 TRLFPF tan sólo admita su otorgamiento “en los casos excepcionales que se señalen reglamentariamente”. En cualquier caso, y en la medida en que pueden haber partícipes a los cuales se les haya concedido este tipo de préstamos en las condiciones previstas en el art. 35.2 RD 1307/1988, la disposición transitoria 4ª del RFPF actual admite la plena vigencia de los mismos hasta su extinción y en los términos pactados en su momento.

determinadas situaciones¹⁷³¹, siendo el RD 215/1999, de 5 febrero quién se encargó de desarrollar tal previsión legal¹⁷³². Antes, la Proposición no de Ley sobre los sistemas complementarios de previsión social en desarrollo de la Recomendación número 14 del Pacto de Toledo ya aconsejaba que se tomaran en cuenta determinadas circunstancias, la enfermedad grave y el desempleo de larga duración, como excepciones a la regla general de la iliquidez de los recursos acumulados en un plan de pensiones.

En la actualidad, el art. 8.8 TRLPFP reitera que los partícipes sólo podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en los supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave, y a continuación nos envía al reglamento de desarrollo a efectos de la determinación de estas situaciones, así como para conocer las condiciones y términos en que se podrán hacer efectivos. Por su parte, el art. 9 RFPF se encarga hoy de concretar el contenido de estos supuestos excepcionales de liquidez. Se trata, en suma, de una regulación que no varía de modo sustancial lo previsto en el ya derogado RD 1307/1988¹⁷³³.

Antes de proceder al estudio de las situaciones específicas motivantes de la disponibilidad de los derechos consolidados de los partícipes resulta obligado acotar su naturaleza. Y así, a nuestro juicio, tales supuestos extraordinarios de liquidez no pueden considerarse como prestaciones del plan de pensiones, dado que, en principio, el partícipe sigue manteniendo su titularidad si no procede a retirar la totalidad de los derechos económicos correspondientes¹⁷³⁴, y ello pese a que el art. 8.8 TRLPFP someta a aquéllos a idéntico régimen fiscal que el previsto para las prestaciones. Además, entendemos que a favor de esta interpretación cabe argüir igualmente el que se considere como prestación y no como supuesto de liquidez la situación del partícipe que encontrándose en situación legal de desempleo a consecuencia de expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral percibe por ello la prestación correspondiente a la jubilación (art. 8.6 TRLPFP).

Dicho esto, momento es de proceder al análisis del régimen jurídico del principio de disponibilidad limitada de los derechos consolidados de los partícipes. Y así, en primer lugar, cabe partir de la regla general de que los derechos consolidados de los partícipes sólo se hacen efectivos a los exclusivos efectos de su integración en otro plan de pensiones,

¹⁷³¹ En concreto, dicha norma dio nueva redacción al art. 8.8 LPFP (Ley 8/1987) estableciendo que los derechos consolidados se podrían hacer efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración, siempre que lo contemplasen expresamente las especificaciones del plan.

¹⁷³² Fue el artículo 7 del Real Decreto 215/1999, de 5 de febrero, el que modificó el RD 1307/1988, introduciendo un art. 10 bis dedicado en exclusiva a los supuestos excepcionales de iliquidez.

¹⁷³³ Para ROMERO BURILLO, “en términos generales no se observan grandes cambios en la regulación de las situaciones en las que los partícipes podrán hacer efectivos sus derechos consolidados (...)” (“El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 89).

¹⁷³⁴ En la misma línea, VV. AA.: *Previsión Social...*, *op. cit.*, pp. 169-170.

interpretación que es congruente con lo expuesto más arriba acerca de la vinculación de las aportaciones y demás recursos acumulados a la finalidad de previsión del plan. De ahí que es lógico que reglamentariamente tan sólo se reconozca de manera excepcional al partícipe –así se califica por el propio art. 9 RFPF- el derecho a hacer efectivos los derechos consolidados ante situaciones muy concretas, cuáles son la enfermedad grave y el desempleo de larga duración. Pero, tras este reconocimiento, lo más discutible son las restricciones que a continuación se somete el citado derecho, dado que, en primer lugar, se hace necesario que estos supuestos de liquidez se contemplen expresamente en las especificaciones del plan y, además, estas situaciones excepcionales, aún reconocidas en el sistema privado de pensiones, van a poder ser objeto de condiciones y limitaciones impuestas por las peculiaridades del plan (art. 9.1 RFPF). De este modo, parece que los reglamentos de planes de pensiones podrán optar por una triple posibilidad: la de no reconocer ningún supuesto de excepcionalidad al principio de indisponibilidad de los derechos consolidados, con la salvedad de su posible integración a otro plan de pensiones¹⁷³⁵; la de admitir, sin más, la regulación prevista en el art. 9 RFPF y, por tanto, reconocer sin ningún tipo de limitaciones lo previsto para estas situaciones de liquidez¹⁷³⁶, o bien, una vez reconocidos estos supuestos someterlos a las reglas específicas del propio plan¹⁷³⁷.

Precisamente, esta última posibilidad, reglamentariamente reconocida, como es la de poder modular la regulación prevista en el art. 9 RFPF, se manifiesta, en primer lugar, en la consideración conjunta por parte del plan de las dos situaciones definidas, la de desempleo de larga duración y la enfermedad grave, o en el reconocimiento únicamente de uno de los dos supuestos. Parecería que esta última facultad podría admitirse, no sólo por la flexibilidad con que se acepta la alteración de la regulación general prevista en el art. 9 RFPF, sino también porque el citado precepto, en su apart. 2º, insiste en que serán las especificaciones del plan las que podrán

¹⁷³⁵ Entre otros, se pueden citar el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Grupo Hidrocantábrico*; las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.* (Marzo 2001); las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones para los Empeados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, Ibercaja* (31 Octubre 2001); las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Eléctrica de Canarias II, S.A., Sociedad Unipersonal* (25 Mayo 2001) y el *Reglamento del Plan de Pensiones del Personal de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja* (22 Octubre 1999).

¹⁷³⁶ Véanse, entre otros, el *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Febrero 2005); las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empeados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002); el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002) y el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S.A.* (1 Enero 2001).

¹⁷³⁷ Al respecto, se pueden consultar el *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002); las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002); las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones del Banco Zaragozano* (29 Mayo 2000) y las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.* (9 Julio 2001).

prever la facultad de hacer efectivos sus derechos consolidados en el caso de una enfermedad grave. Lo que, por analogía, habría que decir lo mismo en el caso del desempleo de larga duración. En la práctica, se pueden encontrar reglamentos de planes de pensiones que únicamente reconocen a los partícipes la disponibilidad de sus derechos económicos en el supuesto de la enfermedad grave¹⁷³⁸, pero no cabe decir lo mismo para el caso del desempleo de larga duración, dado que parece menos probable que las especificaciones de los planes de pensiones prevean únicamente esta circunstancia.

En lo que respecta a la regulación específica de cada una de las contingencias que dan derecho al rescate es necesario hacer mención al ámbito subjetivo de aplicación, especialmente en lo relativo al supuesto de enfermedad grave. Como queda indicado en el apartado 2º del art. 9 RPPF la disponibilidad de los derechos económicos no sólo tiene lugar cuando la citada situación de necesidad tenga como protagonista al partícipe, sino también en el caso de que afecte a alguno de sus familiares, en concreto a su cónyuge, o alguno de los ascendientes o descendientes de aquéllos en primer grado, o persona que, en régimen de tutela o acogimiento, conviva con el partícipe o de él dependa¹⁷³⁹. La amplitud con que se describe al conjunto de las personas a las cuáles puede afectar la enfermedad y, por tanto, a partir de ello poder instar la liquidez de los derechos consolidados por parte del partícipe, contrasta con la posibilidad, admitida reglamentariamente, de que se pueda restringir dicha facultad. En efecto, al ser las especificaciones del plan las que deben concretar el elemento subjetivo de este supuesto de liquidez, nada impediría que el propio plan de pensiones tan sólo reconociera la facultad del partícipe de hacer efectivos sus derechos consolidados en supuestos muy concretos o, incluso, que tal reconocimiento sólo tuviera lugar cuando la situación de enfermedad grave le afectara a él directamente. Precisamente, podemos encontrar reglamentos de planes de pensiones que han terminado por limitar el ámbito subjetivo¹⁷⁴⁰ de afectación de la enfermedad, lo que ha dado lugar a una

¹⁷³⁸ Art. 36 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.* (9 Julio 2001) y art. 20 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano, S.A.* (29 Mayo 2000).

¹⁷³⁹ Sobre este particular, los reglamentos de planes de pensiones van a exigir que se acredite el grado de parentesco a través del Libro de Familia u otro documento oficial que sirva a tal efecto. Al respecto, véase el art. 34.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Centra Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002); art. 43.2.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002) y el art. 17 del *Reglamento del Plan de Pensiones de CAI-Empleo*.

¹⁷⁴⁰ Así, el art. 45.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Mahou, S.A.* (23 Febrero 2005) no admite la liquidación de derechos consolidados en los supuestos de enfermedad grave de ascendientes. Por su parte, el art. 49.2 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Prensa Española, S.A.* restringe todavía más el elemento subjetivo, no reconociendo la disponibilidad de los derechos económicos del partícipe para el caso de que la enfermedad afecte a ascendientes o a la persona, objeto de tutela o acogimiento, que conviva con el partícipe o de él dependa. En idénticos términos, art. 49.2 del

restricción de la disponibilidad de los derechos consolidados del partícipe. A nuestro juicio, se podrían plantear ciertas dudas acerca de que tal reconocimiento en favor de las especificaciones de los planes de pensiones sea tan claro y evidente. Se puede afirmar, en todo caso, que a las especificaciones del plan le corresponde la admisión o no de la posibilidad de que se puedan liquidar los derechos económicos del partícipe en el supuesto de una enfermedad grave. Lo que resulta más difícil es reconocer, de manera tan rotunda, que tal facultad de modulación admita la posibilidad de poder individualizar a las personas a las cuáles puede afectar la situación de enfermedad de entre las que se admiten en el art. 9.2 RFPF.

Por otra parte, para el caso del desempleo y con respecto al elemento subjetivo no se plantean especiales dificultades, ya que este supuesto se conecta única y exclusivamente con la figura del partícipe, de ahí que el art. 9.3 RFPF aluda a la situación legal de desempleo de éste. En todo caso, habrá que pensar que el trabajador desempleado ostentará la condición de partícipe en suspenso¹⁷⁴¹, al pasar a esa situación como consecuencia de ver extinguida su relación laboral con la empresa promotora.

En cuanto a los requisitos objetivos que hay que cumplir para poder acceder a los derechos económicos, el art. 9 RFPF apenas ha alterado el régimen previsto en el anterior art. 10 bis RD 1307/1988. De manera que para el supuesto de enfermedad grave, se exige que ésta comprenda tanto la situación de dolencia o lesión física o psíquica que incapacite temporalmente, al menos durante un período continuado mínimo de tres meses, y siempre que dicha enfermedad requiera intervención clínica de cirugía mayor en un centro hospitalario o tratamiento en el mismo, como aquella que tenga carácter permanente, ya limite de forma parcial o total el desempeño de la actividad o le impida la realización de cualquier ocupación. A este requisito objetivo debe añadirse que es necesario que las situaciones descritas con anterioridad no den lugar a la percepción por el partícipe de una prestación por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, conforme al Régimen de Seguridad Social, y además se exige del partícipe que la situación de enfermedad grave le suponga una disminución de su renta disponible.

Sobre el criterio de incompatibilidad del derecho al rescate del partícipe con la percepción de prestaciones públicas de incapacidad permanente conviene aclarar que en el supuesto de enfermedad grave de carácter temporal no se plantea ningún problema acerca de la posibilidad de

Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Unisys España, S.A. (12 Marzo 2001).

¹⁷⁴¹ De hecho el art. 2.13 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación* hace mención expresa de esta figura.

acceder de forma simultánea a la prestación por incapacidad temporal y a la liquidación de los derechos consolidados por la misma causa¹⁷⁴². Por su parte, y para el caso de lesiones o dolencias que incapaciten de manera permanente, hay que resaltar que las mismas podrán abarcar tanto las que tengan carácter parcial o total, incapaciten de forma absoluta o den lugar a una situación de gran invalidez¹⁷⁴³. Más discutible resulta el criterio de incompatibilidad entre el derecho al rescate y el disfrute por el partícipe de prestaciones públicas por estas circunstancias, y ello porque se podría interpretar que aún cuando el art. 9.2 RFPF hace referencia tan solo al partícipe en cuanto al acceso a las citadas prestaciones, se podría extender la citada incompatibilidad al supuesto de que sea algún familiar quién acceda a las citadas prestaciones¹⁷⁴⁴. Sin embargo, se podría defender una interpretación en sentido contrario aún cuando sea un familiar quién sufra la enfermedad grave e, incluso, perciba algún tipo de prestación por incapacidad permanente, puesto que habría que dar prevalencia en estas situaciones al requisito de la disminución de la renta del partícipe. De manera, que si se prueba que el acaecimiento de la situación de incapacidad permanente para el caso de un familiar del partícipe le supone a éste un aumento de gastos, habría que hacer compatible el disfrute de la prestación pública con la liquidación de los derechos consolidados. Sobre este particular, las especificaciones contractuales de determinados planes de pensiones¹⁷⁴⁵ se inclinan por esta segunda opción al exigir tan sólo al partícipe la documentación acreditativa correspondiente –certificado del INSS o entidad gestora competente- que permita comprobar que no percibe prestaciones por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, conforme al Régimen de Seguridad Social. En todo caso, siempre se hace necesario que la enfermedad suponga un quebranto en el patrimonio del partícipe, ya le afecte a él directamente o a alguno de sus familiares. Se trata de un requisito ineludible dado que como es lógico la situación de incapacidad por sí sola no debe significar necesariamente el que el partícipe

¹⁷⁴² SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones del...*, op. cit., p. 522.

¹⁷⁴³ Cabe plantearse si el poder de variación del régimen previsto en el art. 9 RFPF en favor de los reglamentos de planes de pensiones permite a éstos no tener en cuenta alguna de las situaciones de incapacidad a las que se aluden en el citado precepto. A nuestro juicio, habría que entender que dicha facultad no comprendería la posibilidad de alterar la definición de enfermedad grave, no sólo por el tenor literal del apartado 2º de la citada norma, sino también, porque cualquier otra interpretación en favor de tal circunstancia podría vaciar de contenido tal concepto. Y es que no tendría sentido que las especificaciones del plan correspondiente pudieran no admitir como enfermedad grave alguna de las situaciones de incapacidad reconocidas reglamentariamente. Por tanto, merecería una valoración negativa la previsión contenida en el art. 34.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002), puesto que no contempla, entre los supuestos de enfermedad grave, el de la gran invalidez.

¹⁷⁴⁴ Tesis defendida por SUÁREZ CORUJO, B. en: *Los planes de pensiones del...*, op. cit., p. 522.

¹⁷⁴⁵ Véanse, entre otros, el art. 17 del *Reglamento del Plan de Pensiones de CAI-Empleo*; art. 34.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002) y art. 43.2.3.e) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002).

pase por dificultades que justificarían la liquidación de sus derechos consolidados.

Por su parte, la situación de desempleo de larga duración se somete a los requisitos fijados por el art. 9.3 RPPF, los cuáles se trasladan en su integridad a las especificaciones de los planes que así lo hayan reconocido¹⁷⁴⁶. Y así, se exigirá que el partícipe haya accedido a la situación legal de desempleo¹⁷⁴⁷ conforme a lo previsto en el 208 TRLGSS, durante un período continuado de doce meses. Asimismo, deberá estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo Estatal u organismo público competente y no percibir prestaciones por desempleo en su nivel contributivo, o haber agotado dichas prestaciones. Asimismo, será posible el reconocimiento de la facultad de disposición de los derechos consolidados en el caso de los trabajadores por cuenta propia que hubiesen estado previamente integrados en un régimen de la Seguridad Social como tales. Se trata de uno nuevo supuesto incorporado por el RPPF que va a permitir que estos partícipes puedan hacer efectivos sus derechos económicos siempre que figuren como demandantes de empleo de forma ininterrumpida durante los doce meses anteriores a la solicitud, y se les reconozca el derecho a la prestación por desempleo en su modalidad asistencial [art. 9.3.d) RPPF].

Por otro lado, a las dos situaciones de necesidad protegidas les resultaba de aplicación lo previsto por el art. 10 bis.4 RPPF (RD 1307/1988), en el que se especificaba que serían los reglamentos de planes de pensiones los encargados de definir el modo de hacer efectivos los derechos consolidados del partícipe, admitiendo la posibilidad de que se pudieran instrumentar en un único pago o en pagos sucesivos. Reproduce tal previsión el art. 10.6 RPPF, lo que supone que serán los planes de pensiones los encargados de concretar esta circunstancia. Y así, cabe pensar que las especificaciones de los planes podrán optar entre diferentes formas de liquidación, de manera que una solución consistirá en dejar que sean los partícipes los que decidan sobre la forma de hacer efectivos sus derechos¹⁷⁴⁸ o, al contrario, que sea la comisión de control la que adopte la

¹⁷⁴⁶ Sirvan de ejemplo tanto el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Logista, S. A.* (11 febrero 2004) como el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S. A.* (11 febrero 2004).

¹⁷⁴⁷ Lo que, según STSJ Madrid 29 julio 2002 (*JUR* 2002, 262401), obligaría a rechazar la pretensión de aquél que “después de disfrutar de una excedencia voluntaria en la empresa, de dos años de duración (desde el 30 de agosto de 1998 hasta el 31 de agosto de 2000), solicitó su reincorporación el 31 de julio de 2000, sin que, frente a la denegación por falta de vacante, interpusiera siquiera reclamación alguna”. Es obvio, (...) que “tal situación no es ninguna de las que describen los apartados 1) y 2) del núm. 1 del art. 208 de la LGSS, a los que concretamente se remite el Reglamento del Plan”.

¹⁷⁴⁸ Así, el art. 34 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002) establece que será el partícipe el que deberá definir la forma en que desea disponer de su derecho consolidado, siendo las modalidades de cobro las mismas que para el pago de las prestaciones (capital, renta y mixto).

decisión¹⁷⁴⁹ e, incluso, admitir una única forma de cobro para ambas situaciones¹⁷⁵⁰.

Otro aspecto, ligado al anterior, es la concreta cuantificación de los derechos consolidados, dado que el art. 9.1 RFPF reconoce la posibilidad de que los derechos económicos de los partícipes se puedan liquidar en su totalidad o de forma parcial. Según esta previsión, será el plan el que deberá decantarse por reconocer de forma absoluta y para todos los casos el que se puedan hacer efectivos los derechos económicos de los partícipes sin ninguna limitación, o bien diseñar las reglas pertinentes para determinar la cuantía que se puede liquidar en atención a las necesidades debidamente acreditadas. Así, lo más habitual será que las especificaciones de los planes de pensiones opten por reconocer el derecho a una liquidación limitada, dado el carácter excepcional de la disponibilidad de los derechos consolidados, de manera que se tengan en cuenta, además, las concretas circunstancias de los partícipes¹⁷⁵¹. En todo caso, también cabría aceptar que el plan dejara en manos del partícipe la determinación de la cuantía a recibir¹⁷⁵², teniendo como límite máximo el valor de los derechos consolidados calculados al momento de su solicitud.

Cabe decir, finalmente, que la percepción de los derechos consolidados por enfermedad grave o desempleo de larga duración será incompatible con la realización de aportaciones a cualquier plan de pensiones mientras se mantengan dichas circunstancias (art. 11.7 RFPF). Aunque, como excepción a esta regla, se admite que se puedan realizar aportaciones vinculadas a las del promotor y establecidas con carácter mínimo u obligatorio en el plan. Aspecto éste último que se recoge en los planes de pensiones y que se debe conectar con el supuesto de suspensión de aportaciones del promotor para el caso de que el partícipe en activo adquiera la condición de partícipe en suspenso. En efecto, como se vio más arriba, determinadas situaciones suspensivas de la relación laboral no

¹⁷⁴⁹ Art 49.2 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Unisys, S.A.* (12 Marzo 2001). El art. 25.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (31 Mayo 2002) exige que el acuerdo se adopte de forma motivada y se apruebe con la mayoría cualificada de más de dos tercios de los miembros totales de la comisión de control y acuerdo en el seno de la negociación colectiva.

¹⁷⁵⁰ En forma de capital, art. 36 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de la Diputación General de Aragón, Administraciones Locales y otras Entidades e Instituciones de la Comunidad Autónoma de Aragón* (BOA 2 diciembre 2005) y art. 14.2.d) del *Plan de Pensiones de Oncepensión I* (29 Octubre 1999).

¹⁷⁵¹ Así, el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S.A.* (BOE 11 febrero 2004) tan sólo reconocen una liquidación parcial, sin que pueda exceder de la cuantía justificada para atenderlos ni de la cuantía total de aquellos en el momento de solicitarla. Dentro de las citadas cantidades, será la Comisión de Control la encargada de cuantificar los derechos objeto de liquidación en razón de las circunstancias concurrentes. Incluso, se prevé que en caso de que se haya concedido una liquidación inferior a la solicitada por el partícipe, al Comisión de Control deberá razonar debidamente su decisión (art. 31.2, párrafo 5º). Por su parte, el art. 43.2.5 de de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002) cuantifica los derechos consolidados a liquidar, diferenciando las dos situaciones protegidas.

¹⁷⁵² Así se recoge en el art. 14.2.d) del *Plan de Pensiones de Oncepensión I* (29 Octubre 1999).

interrumpen el deber de aportación de la entidad promotora, puesto que se está ante supuestos en los que subsiste el vínculo laboral entre la empresa y el partícipe. Por lo que también aquí habría que admitir que la enfermedad grave del partícipe, y más aún la de algún familiar de los reconocidos por el plan, no tiene porque suponer la interrupción de las aportaciones obligatorias del promotor.

B) Derechos en caso de cese o suspensión de la relación laboral: la movilización de los derechos consolidados y la figura del partícipe en suspenso

Se ha podido comprobar como los planes de pensiones del sistema de empleo son aquéllos en los que el promotor de los mismos es una empresa y los partícipes sus empleados. Por tanto, se puede decir que esta modalidad de planes se organiza sobre la base de esta estructura, es decir, sobre la existencia de una relación laboral vigente entre el empleador y sus trabajadores. Siendo ello así, no resulta difícil imaginar las consecuencias de una ruptura o una suspensión del citado vínculo contractual con respecto al funcionamiento del plan. Las vicisitudes por las que pueda atravesar la relación laboral que une al partícipe con el promotor, especialmente las de naturaleza suspensiva o extintiva, despliega unos efectos económicos que se hacen notar en la función de previsión colectiva del plan. Y es que el deber de contribución del promotor subsiste mientras permanezca en activo el trabajador. Por ello, la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones ha posibilitado la existencia de un conjunto de situaciones de excepcionalidad que hagan subsistir el sistema de previsión y, por ende, el interés individual de protección de los individuos, con independencia de los avatares de las relaciones laborales que están en la base del plan. Se trata de supuestos en los que por diferentes causas, en concreto, la suspensión del contrato de trabajo o su extinción, los partícipes no van a ver mermados definitivamente sus derechos de seguridad como consecuencia del acaecimiento de aquellas circunstancias.

El art. 35.1 RFP se refiere a ellos al establecer que “la extinción o suspensión de la relación laboral del partícipe con el promotor no será causa de baja y movilización de los derechos consolidados en el plan de pensiones de empleo (...)”. Por tanto, se sienta la regla general de que la alteración que sufran los partícipes en la relación de trabajo no tiene porque suponer su inmediata expulsión del sistema de previsión colectivamente organizado. Por ello, en el supuesto de la suspensión del contrato de trabajo, el partícipe podrá acceder a la categoría de partícipe en suspenso y no causará baja en el plan. En el caso de producirse el cese, podrá elegir, de haberse previsto en el plan, entre movilizar sus derechos consolidados a otro plan o permanecer como partícipe en suspenso. Veamos, pues,

detenidamente, ambas situaciones y cómo quedan reflejadas en el ordenamiento jurídico de los planes del sistema de empleo.

- a) La movilización de los derechos consolidados ante la extinción de la relación laboral del partícipe: un derecho de estricta configuración contractual

De entrada, conviene diferenciar siquiera brevemente los supuestos excepcionales de liquidez, vistos anteriormente, del derecho de movilización. En el primer caso, estaríamos ante una percepción de los derechos consolidados por los partícipes como consecuencia del acaecimiento de determinadas circunstancias –desempleo de larga duración o de enfermedad grave-. Es decir, estos derechos se hacen efectivos por parte de los partícipes de acuerdo con las condiciones fijadas en el marco del plan. Por el contrario, en el supuesto del ejercicio del derecho de movilidad, éste no consistiría en el pago directo de aquellos derechos, sino lo que tendría lugar es únicamente el traslado del importe de dichos derechos al nuevo plan de pensiones elegido por el correspondiente partícipe¹⁷⁵³.

Esta última apreciación, la de la exigencia de que los derechos que se pretenden movilizar sean integrados en otro plan, guarda perfecta coherencia estructural con la organización de la previsión en estas instituciones privadas y con la imposibilidad de que se produzca el rescate de los recursos acumulados, salvo en determinadas situaciones muy estrictas. Y es que condicionar la movilidad de los derechos económicos consolidados a que sean necesariamente incorporados a otro plan supone reforzar aquella dimensión colectiva atribuible a los planes, como instrumentos de ahorro finalista. Con tales medidas se trataría de evitar la dispersión de los esfuerzos voluntarios en la previsión social introduciendo elementos solidaristas en el colectivo protegido¹⁷⁵⁴. En definitiva, con estas coerciones legales se buscaría dar continuidad a la función previsora atribuible a los derechos económicos de los partícipes. Ahora bien, pese a esta importante justificación subyacente a este modo de configurar la movilidad de los derechos consolidados, tal derecho no está exento de importantes puntos críticos, a los cuáles se pretende hacer mención seguidamente.

En primer lugar, hay que hacer referencia a la evolución normativa que ha experimentado el reconocimiento de este derecho, para entender las dificultades interpretativas que plantea el mismo y su difícil cohesión con el interés individual de protección del partícipe. Y es que tras la existencia de un derecho regulativo estatal en este punto, a través de la

¹⁷⁵³ AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social...*, op. cit., p. 190.

¹⁷⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 124.

previsión contenida en el art. 20.5 RPPF (RD 1307/1988), se ha pasado a un derecho “autorregulador” –el art. 8.8 TRLPFP establece que en el supuesto de cese de la relación laboral la movilización será posible si así se ha previsto en las especificaciones del plan¹⁷⁵⁵–, de modo que se remite o se delega en el poder de autonomía contractual colectiva que supone el plan el reconocimiento del derecho de transferibilidad¹⁷⁵⁶. Teniendo en cuenta esta circunstancia, cabe pensar que tal previsión no está exenta de importantes problemas aplicativos, especialmente si el plan opta finalmente por restringir de forma absoluta el derecho de movilización o, simplemente, no lo contempla. Y es que en tal caso resultaría difícil poder compatibilizar los derechos de contenido económico atribuibles al trabajador relacionados con su posición de parte en el contrato de trabajo que se ve extinguido y las finalidades de previsión colectiva del plan. Desde luego, tal situación mermaría las condiciones de vinculación con otro plan al que se pudiera incorporar el trabajador, al ver limitado su derecho de movilidad. Un régimen que contrastaría abiertamente con lo previsto para el resto de planes de pensiones que sí admiten sin ningún tipo de limitación una eventual movilización de los derechos consolidados, incluso por voluntad del partícipe (art. 8.8, párrafo 2º LPFP)¹⁷⁵⁷. En todo caso, conviene matizar

¹⁷⁵⁵ En este sentido, parece lógico que el art. 6.2 TRLPFP exija como contenido mínimo del plan “prever el procedimiento de transferencia de los derechos consolidados correspondientes al partícipe, que, por cambio de colectivo laboral o de otra índole, altere su adscripción a un plan de pensiones, de acuerdo con lo previsto en esta Ley”.

¹⁷⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 316. Como consecuencia de dicha modificación se ha eliminado la previsión legal del derecho del trabajador a movilizar las aportaciones realizadas por la empresa a un plan de pensión cuando la relación laboral se extinga «ante tempus», salvo que el propio plan regule dicho derecho de manera expresa [STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 16 Diciembre 2002 (*AS* 2003, 236)]. Cabe recordar que hasta la aprobación del actual RPPF (RD 304/2004), resultaba evidente la contraposición entre lo regulado por el art. 8.8 LPFP, conforme a la redacción dada por la Ley 24/2001, y la del art. 20.5 del anterior RPPF (RD 1307/1988), por cuanto mientras que en el texto reglamentario se reconocía un derecho del partícipe de un plan de pensiones del sistema de empleo a movilizar sus derechos consolidados sin limitación alguna, en el texto legal dicho derecho debía haberse previsto en el propio plan; cuestión que debía resolverse en virtud de la aplicación del principio de jerarquía normativa y, por tanto, haciendo prevalecer la regulación dispuesta en el vigente art. 8.8 TRLPFP (SENRA BIEDMA, R. y LUQUE PARRA, M.: “La movilización y el rescate de las aportaciones consolidadas en un plan y fondo de pensiones. A propósito de la STS de 16 de enero de 2002 y la modificación del artículo 8.8 de la LPFP por la Ley 24/2001”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2002, pp. 24-25).

¹⁷⁵⁷ Resulta oportuno recordar en este momento como otros ordenamientos, señaladamente el caso italiano, reconocen el derecho individual del partícipe a transferir los derechos consolidados en los planes/fondos de pensiones colectivos, ocupacionales o de empleo. Así, estaríamos ante una facultad discrecional de movilización de los citados derechos sin necesidad de que tenga lugar la correspondiente pérdida de las condiciones de adscripción al plan. Y así, llama la atención en este punto la evolución normativa que se ha producido en Italia. Como recuerda ZAMPINI se pasó de una portabilidad “ocasionada”, prevista en el art. 10 DLeg. n. 124/1993 y que operaba, como alternativa al rescate individual, sobre la base de la falta de los requisitos de participación del trabajador al fondo de pensiones, a una portabilidad “discrecional”, incorporada por la Ley 335/1995, que permitía (y permite a tenor de lo previsto en el art. 14.6 DLeg. n. 252/2005) la transferencia de la posición individual del partícipe a otro fondo a voluntad de éste y aún cuando se sigan dando las condiciones de pertenencia al fondo originario (*La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padua, CEDAM, 2004, pp. 181-184). Sobre esta posibilidad de movilización de la posición individual de previsión en Italia, *vid.* VISCOMI, A.: “La facoltà di trasferimento individuale della posizione pensionistica

que desde la propia norma reglamentaria se habilita la posibilidad de que el plan pueda negar la movilización cuando, en orden a instrumentar compromisos por pensiones del promotor referidos a partícipes que hubieran extinguido su relación laboral con aquél, las especificaciones prevean la continuidad de las aportaciones del promotor a su favor y, en su caso, las del partícipe que tuvieren carácter obligatorio (art. 35.3, párrafo 2º RPPF).

Por lo demás, cabe pensar igualmente que el margen de disponibilidad tan amplio de que gozan las especificaciones de los planes en esta cuestión plantea todo tipo de posibilidades regulativas en el ámbito del sistema-plan. Así, se podría dar el caso de que se pudiera exigir la movilización de los derechos consolidados del partícipe necesariamente, una vez producida la extinción de la relación laboral¹⁷⁵⁸, lo que parece no resultar muy acorde con el tenor del art. 8.8, párrafo 4º TRLPFP, dado que la citada transferibilidad se configura como un derecho y no como una obligación, correspondiendo al plan su reconocimiento y atribuyendo al partícipe la facultad de optar por mantener los derechos consolidados en el plan y, por tanto, adquirir la condición de partícipe en suspenso (art. 35.2 RPPF), o bien instar su integración en el plan correspondiente¹⁷⁵⁹. En todo caso, lo que sí parece admitir el régimen jurídico de la movilización de los derechos consolidados es que el plan pueda establecer algún tipo de condicionamiento: algunos, ciertamente lógicos, como el que no tenga lugar la movilidad de derechos cuando el partícipe, que ve extinguida su

complementare”, *Lavoro e Diritto*, núm. 1, 1997, pp. 55-65; BESSONE, M.: “Fondi pensione e diritti soggettivi. *Portability* della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 4, 2002, pp. 565-589 y PANDOLFO, A.: “Transferimento e riscatto della posizione individuale”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, pp. 307-320.

¹⁷⁵⁸ Sirva de ejemplo el art. 27.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Administración General del Estado* en el que se señala que “los partícipes que en el momento de la extinción definitiva de la relación con el promotor tengan una antigüedad no superior a cuatro años, deberán movilizar sus derechos consolidados en el plazo de seis meses desde la referida extinción, debiendo comunicar a la gestora, a tal efecto, el plan de empleo del que puedan ser partícipes o, en su defecto, el plan de pensiones individual o asociado al que deseen que le sean movilizados sus derechos consolidados”. *Vid.*, en la misma línea, art. 32 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los empleados de la Autoritat Portuària de Barcelona*; art. 32 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los empleados de la Autoridad Portuaria de Tarragona*; art. 32 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los empleados de la Autoridad Portuaria de Melilla* (Junio 2005); art. 14 del *Reglamento del Plan de Pensiones para Cruz Verde-Legrain, S.A.*; art. 35 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Industrias Químicas Asociadas* (Noviembre 1995) y art. 15.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Productos Roche* (5 Noviembre 1999).

¹⁷⁵⁹ En todo caso, ésta es la opción mayoritaria de los planes de pensiones consultados. Así, entre otros, *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Confederación Española de Cajas de Ahorros* (Septiembre 1998); las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.* (9 Julio 2001); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo de Mahou, S.A.* (Agosto 2001); el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Unisys España, S.A.* (12 Marzo 2001); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Red Eléctrica* (Febrero, 1998); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Alcoa Inespal* (Octubre 2001) y las *Especificaciones del Plan de Pensiones de ENUSA Empresa Nacional de Uranio* (Mayo 1995).

relación laboral, pase a prestar servicios con otra entidad promotora del plan de pensiones de promoción conjunta¹⁷⁶⁰; otros, más dudosos, como que se exija un período mínimo de permanencia en el plan¹⁷⁶¹.

Por otro lado, conviene tener en cuenta que la causa que puede dar lugar a la solicitud de la movilización de los derechos consolidados del partícipe es la cesación de la relación laboral de éste con el promotor. La generalidad de los términos utilizados por la norma –se refiere a la “extinción de la relación laboral”, sin ninguna connotación adicional– permite pensar que todos los casos de cese, cualquiera que sea la causa, resultarán determinantes a efectos de poder activar el derecho de movilidad de los derechos económicos del partícipe, de modo que difícilmente se pueden admitir restricciones con respecto a esta cuestión en el ámbito del plan. Por tanto, su alcance permite abarcar la totalidad de los supuestos extintivos de la relación de trabajo, incluso la dimisión del trabajador y el despido (individual y colectivo), siempre que ulteriormente se cumpla con el requisito condicionante de que dichos derechos económicos se integren en otro plan¹⁷⁶². Por lo demás, cabe pensar en otra causa que puede dar lugar a la transferencia de los derechos consolidados, a saber, en el caso de traslado o adscripción del partícipe a otra Administración, en cuyo caso se podrán movilizar los derechos consolidados a otro plan de pensiones de empleo del que sea promotor esa Administración Pública¹⁷⁶³.

Una vez acaecida la situación específica motivante de la movilidad de derechos por parte del partícipe, se impone como requisito previo a la transferencia efectiva de los derechos consolidados el alta del partícipe en el plan donde se pretenda efectuar tal movilización. Ello es una exigencia derivada de la finalidad de la propia movilización y que no es otra que la de proceder al traspaso de los derechos económicos del partícipe del plan inicial al de destino, el cuál no tiene porqué ser de la modalidad de empleo necesariamente¹⁷⁶⁴. En tal caso, de efectuar la movilización, lo más habitual

¹⁷⁶⁰ Vid. art. 30.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de promoción conjunta de los trabajadores del comercio de flores y plantas* (26 octubre 2005).

¹⁷⁶¹ Se comparte la opinión de SUÁREZ CORUJO, para quién tal medida “supondría una restricción inaceptable de la disponibilidad de unos recursos de los que el partícipe es titular” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 527).

¹⁷⁶² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 122. Hay que tener en cuenta que la extinción de la relación laboral por muerte del partícipe da derecho a sus derechohabientes a ejercitar la facultad de movilizar la cuenta de posición del fondo [STSJ Cantabria 25 septiembre 2003 (*AS* 2004, 877)].

¹⁷⁶³ Vid. art. 15.1.c) del *Reglamento plan de empleo del Principado de Asturias* (9 noviembre 2005) y art. 27.1.a) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Administración General del Estado* (BOE 14 octubre 2004).

¹⁷⁶⁴ Y es que cabe “resaltar el papel de tránsito que los planes del sistema individual pueden jugar en la movilidad del sistema en su conjunto” (SÁENZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes...*, *op. cit.*, p. 212). En efecto, no resulta descabellado pensar que el traslado de derechos no se pueda efectuar en la nueva empresa del partícipe, “teniendo, por consiguiente, que buscar una fórmula alternativa de integración de los mismos. Acudiendo con libertad a cualquiera de las dos restantes que se reconocen (planes del sistema individual o planes del sistema asociado)...” (REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales...”, *op. cit.*, p. 252).

será que se entregue a la comisión de control del plan o a la entidad gestora certificación expedida por el nuevo plan aceptando su admisión e indicando los datos identificativos de la cuenta del fondo de pensiones al que dicho plan se encuentre adscrito, a efectos de realizar la transferencia pertinente¹⁷⁶⁵. En todo caso, garantizado el derecho del partícipe a decidir o no la movilización de sus derechos, cabe plantear la situación en la que, una vez transcurrido el plazo previsto, no haya habido una decisión de efectuar la transferencia correspondiente. Parece que, en dicho supuesto, lo más razonable es que el plan garantice al partícipe la posibilidad de mantener sus derechos económicos y que, por tanto, pueda acceder a la condición de partícipe en suspenso¹⁷⁶⁶, lo que, por cierto, tal y como se verá, queda salvaguardado en la normativa. De pasar a esta situación, podría seguir realizando aportaciones voluntarias al plan, para lo cual será necesario que así lo contemplen las especificaciones del plan (art. 35.3, último párrafo RPFPP) y sus derechos consolidados se verán ajustados por la imputación de resultados que les correspondan durante el período de su mantenimiento en el plan (art. 35.2, párrafo 2º RPFPP).

Otro aspecto que merece nuestra atención es el modo en que los planes de pensiones llevan a cabo la cuantificación de los derechos económicos de los partícipes que son objeto de transferencia a otro plan. A ello se refiere el art. 35.4 RPFPP, el cuál establece dos reglas básicas: la primera, en la que se indica que dicha cuantificación se calculará “conforme al mismo sistema financiero-actuarial, método e hipótesis que le serían aplicables como empleado en activo” (párrafo 1º) y, la segunda, en la que se prohíbe “la aplicación de penalizaciones por movilización de los derechos consolidados, salvo, en su caso, las derivadas de la rescisión parcial de los contratos con entidades de seguros o financieras referidos a riesgos o prestaciones” (párrafo 4º)¹⁷⁶⁷. Hay que tener en cuenta que desde que se

¹⁷⁶⁵ Arts. 30.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de promoción conjunta de los trabajadores del comercio de flores y plantas* (26 octubre 2005) y 27.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Ayuntamiento de Madrid*. Por su parte, el art. 21 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Tableros de Fibras, S.A.* exige del partícipe la presentación a la Comisión de Control del certificado de adhesión al Plan al que se solicita movilizar sus derechos. En la misma línea, el art. 14.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de ENUSA Empresa Nacional del Uranio, S.A.* (Mayo 1995) exige la condición de partícipe de dicho plan por parte del sujeto que moviliza sus derechos.

¹⁷⁶⁶ Una cláusula interesante a incorporar en las especificaciones de los Planes se encuentra en el *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* (14 Junio 2001) que entiende que para el caso de que no se produzca la designación del Plan al cuál hay que movilizar los derechos económicos del partícipe, éste renuncia tácitamente a esta posibilidad, considerándole partícipe en suspenso (art. 31.3). En idéntico sentido, el art. 24.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones “Ayuntamiento de Jerez-Plan de Pensiones”* (Marzo 1999).

¹⁷⁶⁷ Como indica SUÁREZ CORUJO, “ésta última previsión persigue el reforzamiento de la posición de los partícipes, haciendo primar sus intereses sobre los del plan. Y es lógico que así sea cuando se repara en que los cambios de plan en la modalidad del sistema de empleo no son fruto de la libre decisión de los partícipes, sino que más bien pueden considerarse forzosos cuando se produce la desaparición del soporte material de la participación (el propio plan) o de su soporte jurídico (la relación contractual laboral)” (“Derechos consolidados y planes de pensiones. Análisis del régimen jurídico de los derechos

solicita la movilización de los mismos hasta que se produzca la efectiva integración de los derechos en otro plan puede transcurrir un período de tiempo bastante largo, de ahí que sea necesario preguntarse si la cuantía de los derechos consolidados a movilizar debe ser igual al valor certificado de los mismos en el momento de su solicitud¹⁷⁶⁸ o bien que éstos deban ajustarse por la imputación de resultados que les corresponda durante el plazo que medie entre la fecha de baja o de la solicitud y la transferencia efectiva¹⁷⁶⁹. No se trata de una cuestión baladí dado que en la primera opción al partícipe no se le repercutirán los rendimientos generados por el fondo de pensiones y sí en el segundo supuesto¹⁷⁷⁰. En cualquier caso, estamos ante un asunto que debe resolver el propio plan que es quién debe prever el ajuste de los derechos económicos del partícipe hasta el momento efectivo de su movilización (art. 35.4, párrafo 2º RFPF), lo que, a nuestro juicio, resultará obligatorio mientras no se produzca la efectiva integración del partícipe en otro plan como consecuencia de su paso a la situación de partícipe en suspenso. Ello comportará que sus derechos consolidados se vean ajustados por los resultados que le corresponda durante el período correspondiente (art. 35.2, párrafo 2º RFPF).

Finalmente, cabe apuntar que este proceso de transferibilidad de los derechos de pensión complementaria de carácter privado encuentra, al menos, dos importantes limitaciones: de un lado, la falta de homogeneidad (estructural y organizativa) predicable de los planes privados de pensiones, toda vez que la movilidad interplanes de los derechos de los partícipes exigiría, en puridad, cierta semejanza entre los sistemas de pensiones, cosa que, como se ha podido comprobar, no se garantiza en la práctica¹⁷⁷¹; de

consolidados correspondientes a planes de pensiones del sistema de empleo”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2004, p. 2023).

¹⁷⁶⁸ En favor de esta interpretación el art. 25 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (febrero 2005); art. 39 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Repsol, S.A.* (Junio 1994); art. 39 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A.* (Octubre 1990); art. 39 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Butano, S.A.*; art. 24.7 del *Reglamento del Plan de Pensiones “Ayuntamiento de Jerez-Plan de Pensiones”* (Marzo 1999); art. 39.8 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.* y art. 32.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* (14 Junio 2001).

¹⁷⁶⁹ Así se prevé en el art. 34 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano, S.A.* (29 Mayo 2000); art. 19.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Red Eléctrica* (Febrero 1998) y art. 43 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Bestfoods España, S.A.* (16 Septiembre 1998).

¹⁷⁷⁰ En el caso de Italia, se plantea la posibilidad de que la contratación colectiva pueda impedir la portabilidad de las contribuciones empresariales al fondo de pensiones instituido colectivamente. En base a lo previsto por el nuevo art. 14 Dleg. n. 252/2005 que autoriza a la fuente institutiva del fondo al establecimiento de límites o a escoger el modo en que se puede llevar a efecto dicha facultad de transferibilidad, se considera razonable que el convenio o acuerdo colectivo pueda prever que las contribuciones del promotor se mantengan en el fondo de pensiones de origen (PERSIANI, M.: *Diritto della previdenza sociale*, Padua, CEDAM, 2006, pp. 364-367).

¹⁷⁷¹ Para MONEREO PÉREZ, “esta necesidad implícita de coordinación y de cierta homogeneización de los sistemas privados de pensiones alienta la convicción de que sería útil la creación de organismos públicos o semipúblicos con esta finalidad” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 125).

otro, la regla general de la no transferibilidad de los derechos acumulados de pensiones a otros países. El primer obstáculo es resultado de la ambigüedad deliberada con que la normativa de los planes trata el fenómeno de la movilización de los derechos consolidados, dejando a las partes un amplio margen de libertad reguladora en este punto, lo que, por cierto, supone que quede sin resolver desde el ámbito legal un aspecto especialmente conflictivo: el relativo a la posibilidad de que el régimen complementario de pensión que recibe la transferencia pueda someter los derechos transferidos a determinadas condiciones de adquisición¹⁷⁷². Respecto del segundo, cabe decir que el tratamiento de esta cuestión en el ámbito comunitario no ha resultado suficiente a la hora de garantizar la portabilidad de los derechos acumulados o en curso de adquisición del trabajador¹⁷⁷³, ya que tal posibilidad sigue dependiendo del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, lo que en el caso español no resultará posible dado que no se ha previsto medida alguna con respecto a situaciones como la del trabajador que pretenda movilizar sus derechos consolidados a otro plan o sistema de previsión creado conforme a la legislación de otro Estado miembro o la del trabajador comunitario que quiera integrar sus derechos consolidados en un plan de pensiones promovido de acuerdo con la normativa de nuestro país. Por tanto, la transferibilidad a otro plan o régimen complementario de previsión sólo se permite dentro de España. En cualquier caso, resulta esperanzador el debate abierto en el seno de la Unión Europea sobre esta cuestión, que tras varios años de haber quedado la misma un tanto relegada, ha vuelto a cobrar cierta actualidad con ocasión de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria [SEC (2005)1293]. Y es que, con respecto a la transferibilidad externa, la futura norma comunitaria exige de los Estados miembros la adopción de “las medidas necesarias para garantizar que si un trabajador saliente no está cubierto por el mismo régimen complementario de pensión en su nuevo empleo, pueda, previa solicitud, obtener, a más tardar 18 meses después del cese de la relación laboral, que todos los derechos de pensión que haya adquirido sean transferidos dentro de un Estado miembro o a otro Estado miembro” (art. 6.1).

¹⁷⁷² Ya algún autor, con ocasión de la aprobación de la LPFP (Ley 8/1987), se preguntaba si a los trabajadores que movilizan sus derechos se les podría exigir los dos años de antigüedad a que se refiere la Ley o, en estos casos, tal requisito no podía imponerse (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los planes y fondos...”, *op. cit.*, p. 101).

¹⁷⁷³ Hay que hacer notar lo apuntado más arriba con respecto a las limitaciones que la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 presenta a la hora de garantizar los derechos de pensión complementaria de los trabajadores desplazados, ya que la misma únicamente establece a tal fin las siguientes medidas: la igualdad de trato en el mantenimiento de los derechos de pensión (artículo 4), pagos transfronterizos de las pensiones (artículo 5), y la posibilidad de continuar con la afiliación en el Estado miembro de origen para los trabajadores desplazados (artículo 6).

- b) El mantenimiento de los derechos consolidados en el plan: el pase a la condición de partícipe en suspenso

Tal y como se ha dejado dicho, el requerimiento inicial para formar parte del plan descansa en el hecho de poseer la cualidad de empleado del promotor. Así, sobre la condición de plena ocupación del trabajador se articula el plan y se organiza su sistema de financiación, el cuál gravita sobre el conjunto de las contribuciones económicas a realizar, ya sean del promotor, ya del partícipe, en su caso. De este modo, si desapareciera la condición de trabajador en activo del partícipe, en virtud de determinadas vicisitudes relacionadas con su vínculo contractual, parecería lógico que se eliminara la obligación de la empresa y, en su caso, del propio empleado de efectuar aportaciones al plan. Ante esta situación, es decir, la del cese en la realización de aportaciones, directas o imputadas, lo más razonable desde el punto de vista de la lógica previsor del plan sería que los partícipes pudieran tener la posibilidad de optar al mantenimiento de sus derechos consolidados dentro del plan, con independencia de un eventual ejercicio del derecho de movilidad interplanes visto anteriormente.

Pues bien, reconocida esta circunstancia, consistente en suspender las contribuciones, directas o imputadas, del trabajador que ha dejado de ser partícipe por diferentes causas, el ordenamiento regulador de los planes y fondos de pensiones admite que éste mantenga sus derechos consolidados en tanto en cuanto no cause baja en el plan. La primera vez que se reconoció tal facultad fue con ocasión de la aprobación del anterior RFPF (RD 1307/1988), lo que en su momento fue considerado como un acierto, ya que se trataba de una figura que guardaba perfecta coherencia con la lógica funcional del sistema de empleo sobre el que descansaba el plan: las incidencias que podían afectar a la relación de trabajo de los partícipes exigía de una institución que permitiera salvaguardar los intereses de protección individual de los mismos, especialmente en aquellas situaciones de suspensión y extinción del contrato¹⁷⁷⁴. Y es que se pensaba que tal posición podía configurarse como un mecanismo adecuado para establecer los paréntesis que fueran precisos con el fin de adecuarse a las vicisitudes de la vida laboral de los trabajadores¹⁷⁷⁵. Pero es que además, con esta medida se paliaban las condiciones restrictivas impuestas al ejercicio del derecho al rescate de los recursos acumulados y los condicionantes que podían acompañar a la movilización de los derechos consolidados¹⁷⁷⁶. En la actualidad, es el art. 35.2 RFPF (RD 304/2004) el precepto vigente de referencia sobre este asunto, el cuál señala que “los partícipes que hayan cesado en la realización de aportaciones, tanto directas como imputadas,

¹⁷⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 123.

¹⁷⁷⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentarios de...”, op. cit., p. 1016.

¹⁷⁷⁶ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 312.

pero mantengan sus derechos consolidados en el plan, independientemente de que hayan cesado o no su relación laboral, adquieren la condición de partícipes en suspenso, continuando con la categoría de elemento personal del plan de pensiones”.

Antes de entrar en el análisis del régimen jurídico de esta figura, conviene fijar los aspectos que por su indudable relevancia van a ser objeto de nuestra atención. En primer lugar, abordaremos el problema de la naturaleza jurídica del derecho del partícipe al mantenimiento de los recursos acumulados en su cuenta de posición individual, preguntándonos acerca del margen de disponibilidad con qué cuenta el plan a la hora de limitar el ejercicio del mismo. En segundo lugar, se procederá al estudio de las condiciones que debe reunir el partícipe para adquirir la categoría de partícipe en suspenso y, de nuevo, del grado de intervencionismo del plan en este punto, especialmente en lo que se refiere a las causas y circunstancias que dan lugar a la suspensión de aportaciones. En tercer lugar, se describirán los derechos y obligaciones que durante esa situación ostenta el partícipe en suspenso, así como las causas que dan lugar a la pérdida de tal condición.

Con respecto al primero de los asuntos planteados, hay que hacer notar que el anterior art. 20.6 RFPF (RD 1307/1988) exigía del plan de pensiones un posicionamiento expreso con respecto a la posibilidad de que un partícipe pudiera adquirir la categoría de partícipe en suspenso, al menos en el supuesto de que aquél hubiera dejado de ser sujeto constituyente. En tal caso, se señalaba, el partícipe podía mantener dentro del plan sus derechos consolidados si así lo preveía el plan de pensiones correspondiente (art. 20.6, párrafo 1º RFPF). En la actualidad, sin embargo, y a diferencia del supuesto del derecho de movilización, ha desaparecido del texto reglamentario cualquier referencia a la necesidad de que las especificaciones del plan deban efectuar un reconocimiento expreso del derecho del partícipe al mantenimiento de sus derechos acumulados o latentes en el plan cuando tengan lugar determinadas circunstancias, por lo que, según nuestro criterio, habría que interpretar que el partícipe siempre va a poder gozar de la facultad de suspensión de las aportaciones con independencia de que el reglamento contractual del plan haya previsto tal derecho. No en vano, el apartado 2º del art. 35 RFPF se expresa con bastante rotundidad en el sentido indicado, al reconocer que el cese de aportaciones debe tener como efecto jurídico la adquisición de la condición de partícipe en suspenso, sin que tal consecuencia se haga depender de que la misma se contemple en las especificaciones del plan. Otra cosa será el régimen jurídico aplicable a la posición del partícipe que mantiene sus derechos económicos en posición vegetativa. En tal caso, sí que habrá que estar a lo previsto por el plan que será el encargado de fijar expresamente el

conjunto de derechos y obligaciones de los partícipes en suspenso (art. 35.2, párrafo 3º RFPF).

Una vez reconocido que el derecho del partícipe al mantenimiento de sus derechos económicos en el plan queda salvaguardado por la propia norma reglamentaria, momento es de pasar al análisis de los requisitos establecidos para poder optar a tal posición. El primero de ellos, aunque obvio, pero no menos importante, tiene que ver con la necesidad de que el sujeto que quiera acceder a la situación de partícipe en suspenso deba ostentar con carácter previo la condición de partícipe. De este modo, se descartaría el pase a aquella posición desde cualesquiera situación que no fuera la de formar parte de los elementos personales del plan en calidad de partícipe¹⁷⁷⁷. El segundo de los requerimientos determinante del mantenimiento de los derechos consolidados en el plan se recoge en el art. 35.2 RFPF y consiste en el cese en la realización de aportaciones, tanto directas como imputadas. Ello significa que la vía de acceso a la posición de partícipe en suspenso se relaciona con los deberes de contribución y aportación previstos en el plan, de cuyo incumplimiento se deriva aquélla. En otras palabras, lo decisivo a efectos de la preservación de los derechos económicos del partícipe en el plan es que se den dos condiciones: la primera, que desaparezca la obligación de financiación del plan con respecto a la posición individual del partícipe y, la segunda, que tal desaparición afecte a los compromisos preceptivos de contribución de partícipe y promotor. Ahora bien, siendo el cese de la realización de aportaciones, tanto directas como imputadas, lo determinante a estos efectos, resulta paradójico que el legislador se despreocupe absolutamente de las causas y circunstancias que pueden dar lugar aquél, dejando en manos (aquí también) de las especificaciones del plan su determinación. Por ello, cabe preguntarse por el tipo de situaciones específicas motivantes de la interrupción de las contribuciones del promotor y del partícipe y, por tanto, del pase del partícipe en activo a la posición de partícipe en suspenso, lo que requerirá, como es lógico, de un análisis pormenorizado de su traducción en la práctica negociadora.

En primer lugar, cabe pensar que la situación de extinción de la relación laboral con la entidad promotora podrá reconocerse como una circunstancia habilitante para suspender las contribuciones económicas a realizar, siempre y cuando el partícipe afectado no solicite la movilización de sus derechos consolidados a otro plan. Estamos ante un supuesto que está en consonancia con la lógica interna del sistema de previsión de estas instituciones privadas, puesto que una vez adscritas al plan las aportaciones, directas o imputadas, lógico es que éstas se mantengan intactas, incluso ante la pérdida de la condición de partícipe en activo. La

¹⁷⁷⁷ *Vid.*, en tal sentido, las SSTSJ Comunidad Valenciana 2 marzo 1993 (*AS* 1993, 1642) y Aragón 15 marzo 2000 (*AS* 2000, 656).

terminación del contrato de trabajo no tiene porque suponer la baja del partícipe, ésta sólo se producirá con el traslado de los derechos económicos a otro plan. En todo caso, cabría preguntarse si el tipo de causa que da lugar a la extinción del contrato de trabajo podría tener cierta relevancia con respecto a este asunto, lo que habría que descartar a tenor de lo previsto en gran parte de los reglamentos de planes de pensiones, los cuáles no distinguen en sus especificaciones en función de la modalidad extintiva del vínculo contractual. Es más, hay reglamentos que subrayan que la adquisición de la condición de partícipe en suspenso se alcanza con el cese de la relación laboral del partícipe con la empresa, “cualquiera que sea la causa de extinción de la misma...”¹⁷⁷⁸. En algunos casos la única causa que da lugar a la suspensión de las aportaciones es precisamente la cesación de la relación laboral con el promotor del plan, siempre que no se produzca la movilización de los derechos consolidados¹⁷⁷⁹.

Otras situaciones que deben posibilitar la detención de los deberes de contribución en el plan son aquéllas que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo del partícipe con el promotor. Así, en general, habrá que admitir las recogidas en los arts. 45 y 46 ET que, como tales, dan lugar a la interrupción del vínculo contractual. Ahora bien, ello no impide que determinados supuestos de suspensión temporal de la relación laboral con el promotor no supongan el cese de las aportaciones a realizar. Por ejemplo, cabe pensar que no se interrumpirán las contribuciones económicas de la entidad promotora a favor de los partícipes que se encuentren en la situación de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo¹⁷⁸⁰, adopción o acogimiento previo [art. 45.1. c) y d) ET]. Se trata de supuestos que en el ámbito del régimen público de

¹⁷⁷⁸ Art. 11.2.b) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)*. En idénticos términos, el art. 8 de las *Especificaciones de CAI-EMPLEO Plan de Pensiones*.

¹⁷⁷⁹ Arts. 18 y 17 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Marco Ibérica, Distribución de Ediciones, S.A.* y del *Reglamento del Plan de Pensiones DISTRIMADRID*, respectivamente.

¹⁷⁸⁰ En relación con la letra d) del art. 45.1. ET los reglamentos de planes de pensiones no recogen la situación de riesgo durante el embarazo como causa para la suspensión de las aportaciones directas o indirectas a realizar. La creación de esta figura como consecuencia de la promulgación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, luego desarrollada reglamentariamente a través del RD 1521/2001, de 16 de noviembre, no ha terminado de incorporarse a las especificaciones de los planes de pensiones suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta novedosa institución. Las características técnico-jurídicas de esta prestación se conectan con suma facilidad con la situación de incapacidad temporal de la mujer trabajadora, no en vano su régimen jurídico se determina partiendo de la regulación prevista en la normativa vigente para dicha situación, por lo que se hace patente la necesidad de que los reglamentos de planes de pensiones reconozcan que el supuesto de riesgo durante el embarazo puede dar lugar al mantenimiento de la condición de partícipe en activo y, por ende, a la correlativa obligación de continuar con las aportaciones en los términos que establezca el plan. Así lo han entendido las *Especificaciones de Aportación Definida del Plan de Pensiones de los Empleados de SGL Carbón, S.A.* (art. 14.3.); el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Torraspapel, S.A.* (art. 10.1.) y las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.* (art. 14.3). Por el contrario, siguen existiendo reglamentos de planes que no realizan una mención expresa de aquélla situación. Entre otros, las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los empleados de Unicaja*.

Seguridad Social dan lugar a que permanezca la obligación de cotizar del empresario, aunque aquéllos supongan una causa de suspensión de la relación laboral (art. 106.4 TRLGSS). En definitiva, estaríamos ante situaciones asimiladas al alta, en consonancia con el sistema público de protección social (art. 125 TRLGSS), con el efecto del mantenimiento de la condición de sujeto comprendido en el campo de aplicación del régimen de previsión, con los derechos y obligaciones correspondientes¹⁷⁸¹.

Sobre este particular, cabe matizar que otras situaciones de asimilación al alta expresamente reconocidas en el art. 125 TRLGSS como tales podrían ser incorporadas a las especificaciones de los planes de pensiones como causas que no producen la suspensión de las aportaciones económicas, y ello pese a tratarse de circunstancias que dan lugar a la suspensión de la relación laboral que une a promotor y partícipe. Así, cabe mencionar las situaciones de excedencia que en la práctica se reconocen como supuestos que no provocan la interrupción de las contribuciones, salvo el caso de la excedencia voluntaria prevista en el art. 46.2. ET en la que el partícipe en activo pasa a la situación de partícipe en suspenso¹⁷⁸². Igualmente, cabe pensar que el supuesto de excedencia especial para prestar servicios en otra empresa del grupo podría suponer para el trabajador el mantenimiento de su condición de partícipe en activo y que las aportaciones del promotor pasaran a realizarse por la empresa en la que efectivamente se prestan servicios¹⁷⁸³. Esta última solución se adapta

¹⁷⁸¹ De ahí que se pueda decir que la previsión contenida en los reglamentos de planes de pensiones consistente en que las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción o acogimiento previo no supongan el cese de las aportaciones supone trasladar los efectos que tienen determinadas suspensiones del contrato de trabajo en el ámbito de la Seguridad Social al régimen jurídico de los planes de pensiones (ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 353).

¹⁷⁸² De este modo se reconoce en el art. 12.2.b) de las *Especificaciones de El Monte Empleados Plan de Pensiones* (8 Abril 2005). En todo caso, cabe decir que la excedencia tiene un tratamiento especialmente singular en los reglamentos de planes de pensiones. Y así, en general, la excedencia forzosa aparece como una situación que no da lugar a la adquisición de la condición de partícipe en suspenso, lo que se explica como una consecuencia más de la traslación de efectos de la Seguridad Social al campo de las pensiones privadas ya que dicha situación se encuentra recogida en el art. 125 TRLGSS como un supuesto más de alta asimilada. Más problemática resulta la excedencia del art. 46.3. ET que aún no reconociéndose, en general, entre las circunstancias que dan lugar a la suspensión de aportaciones (art. 6.2. de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones para los Empleados de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, Ibercaja*), hay reglamentos de planes de pensiones que, o bien la admiten como causa para dejar de efectuar las oportunas aportaciones [art. 9.1.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica Servicios Móviles, S.A.*], o bien tan sólo reconocen que dicha causa pueda no suponer la suspensión de las correspondientes contribuciones económicas durante un tiempo limitado: durante los seis primeros meses (art. 12.2. del *Reglamento de Plan de Pensiones de Unión Fenosa*) o durante el primer año del período de excedencia (art. 14.3. de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.*). Incluso nos podemos encontrar que para cualquiera de las situaciones de excedencia es el trabajador el que debe optar, en el momento de acceder a la misma, entre pasar a la condición de partícipe en suspenso o mantenerse en la situación de partícipe en activo (art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Trabajadores del Ente Público Radiotelevisión Española*). Al respecto, resulta bastante ilustrativa la STSJ La Rioja 14 julio 1998 (AS 1998, 3052).

¹⁷⁸³ Entre otros, art. 12.2. de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002) y art. 15.2.b) del *Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A.*

perfectamente a la realidad organizativa del fenómeno empresarial de los grupos, máxime cuando la movilidad de los trabajadores es una constante en los mismos. Se trata de una respuesta que guarda perfecta coherencia con la homogeneidad como sistema de previsión único que ostenta el plan de pensiones constituido en el ámbito de la empresa de grupo. El transferir la obligación de contribución al resto de empresas que forman parte de esta realidad empresarial es una consecuencia lógica que encuentra fácil solución en un sistema integrado de pensiones como es el que se otorgan las empresas de un grupo. Incluso esta posibilidad debe tener fácil acomodo en el plan conjunto pese a la facultad que otorga el art. 39.1. RPPF a cada una de las entidades promotoras del grupo de poder establecer una serie de condiciones particulares en cuanto al régimen de contribuciones y prestaciones. Nótese que el propio art. 39.1. RPPF en su inciso final exige que las cláusulas específicas acordadas para cada una de las empresas no pueden dejar sin efecto o modificar alguna de las condiciones generales del plan, incluido, en su caso, el régimen general de aportaciones y prestaciones.

Otros supuestos de suspensión del contrato de trabajo resultan más problemáticos a la hora de admitirlos como situaciones que no suponen la adquisición de la condición de partícipe en suspenso. Así, en la práctica negociadora, el cumplimiento del servicio militar, obligatorio o voluntario, o la prestación social sustitutoria se admite, en unos casos, como causa para el mantenimiento de la condición de partícipe en activo¹⁷⁸⁴ y, en otros, da lugar a la suspensión de las aportaciones directas o imputadas¹⁷⁸⁵. Lo mismo cabe decir de las situaciones contempladas en el art. 45.1. letras g), h), i), j), l) y m) ET, donde los reglamentos de planes de pensiones recogen diferentes soluciones¹⁷⁸⁶ que normalmente implican el dejar de efectuar las

¹⁷⁸⁴ Entre otros, art. 12.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002); art. 7.1. del *Reglamento de Especificaciones Mutua Universal, Plan de Pensiones* (Septiembre 1994); art. 13 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones Central Nuclear Vandellós II, A.I.E.*

¹⁷⁸⁵ Así se reconoce en el art. 8 del *Reglamento del Plan de Pensiones "Plan de Pensiones Térmicas del Besós"* (27 Julio 1998); en el art. 30.2. de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.* (9 Julio 2001); en el art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica Servicios Móviles, S.A.* (12 Diciembre 1996).

¹⁷⁸⁶ Así, en cuanto a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del art. 45.1.j) ET se admite, en general, como situación que permite al promotor dejar de efectuar las aportaciones a favor de los partícipes [art. 12.2.b) de las *Especificaciones del Monte Empleados Plan de Pensiones*; art. 12.2.b) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid*; art. 13 del *Reglamento de Especificaciones Plan de Pensiones de Empleo Universidad de Cádiz*; art. 12.2. de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Realía Business, S.A.*] pero también nos encontramos con reglamentos de planes de pensiones que en esta situación permiten que se mantengan las aportaciones a favor del partícipe y que éste no adquiera la condición de partícipe en suspenso (art. 43.3. del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Prensa Española, S.A.*; art. 11 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleados de Caja de Ahorros de Navarra* o art. 8 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Aragón, S.A.*) o, incluso, cabe la posibilidad de que la decisión de suspender las contribuciones se determine en los acuerdos de regulación de empleo [art. 18.b) del

aportaciones oportunas y, por tanto, el adquirir la condición de partícipe en suspenso, al tratarse de supuestos en los que se produce un cese en el pago de las remuneraciones por parte del promotor. Finalmente, ningún problema deben ocasionar, en lo que al mantenimiento de la condición de partícipe en activo se refiere, los supuestos previstos en el art. 37.3 ET en el que se prevé el régimen de ausencias del trabajo. En tales situaciones, no cabrá una suspensión de aportaciones, dado que el trabajador-partícipe mantiene el derecho a la remuneración.

Por otro lado, cabe mencionar la posibilidad de que la adquisición de la condición de partícipe en suspenso se produzca por el cumplimiento de la edad de 65 años por parte del partícipe, aún cuando éste continúe en activo con posterioridad a dicha fecha¹⁷⁸⁷. E, incluso, sin que necesariamente se dé la concurrencia de algunas de las situaciones anteriores que dan lugar a la suspensión de las aportaciones, será el propio partícipe el que pueda solicitar expresamente el pase de la situación de partícipe en activo a la de partícipe en suspenso¹⁷⁸⁸. Tampoco cabe descartar que en los planes contributivos o de financiación conjunta la interrupción de las contribuciones, en este caso del promotor, tenga lugar

Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Bestfoods España, S.A. y art. 14.4. de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.]. Un tratamiento similar se da para el resto de supuestos contemplados en las letras g), h), i), l) y m) del art. 45.1. ET, donde para el caso de la huelga legal la determinación de suspender las contribuciones económicas se hace depender, en algunos reglamentos, de la duración de la misma, en concreto a partir de los quince días (art. 15.3. del Reglamento de Plan de Pensiones de los Empleados de Refinados de Aluminio, S.A.), o de un día de duración de la misma [art. 12.2.c) de las Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Cana del Isabel II; art. 21 del Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica y art. 9.1. del Reglamento del Plan de Pensiones de Autobuses Córdoba, S.A.M.]. En idénticos términos se suele aplicar el mismo régimen para los supuestos de fuerza mayor temporal, cierre patronal y permisos no retribuidos (art. 11 del Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Natural SDG, S.A.).

¹⁷⁸⁷ Entre otros, art. 12.2.c) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid*; art. 30.5. de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.*; art. 12.2.c) de las *Especificaciones de El Monte Empleados Plan de Pensiones*; art. 8.1.c) del *Reglamento de Plan de Pensiones de Empleados de Caja de Ahorros de Asturias (Pecajastur)* y art. 7.2.d) del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Grupo Hidrocantábrico*.

¹⁷⁸⁸ Así se prevé en el art. 9.1. del *Reglamento del Plan de Pensiones de Autobuses de Córdoba, S.A.*; art. 7.2. del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Grupo Hidrocantábrico*; art. 12.1. del *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa*; art. 12.2.b) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II*; art. 27.b) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Agribands Europe-España, S.A.*; art. 14 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Polestar Heliocolor* (13 Junio 2001); art. 8.1. del *Plan de Pensiones de Red Eléctrica de España, S.A.* (Febrero 1998); art. 14.1.a) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.* (Marzo 2001); art. 15.2.2. del *Reglamento del Plan de Pensiones "Ayuntamiento de Jerez-Plan de Pensiones"* (Marzo 1999); art. 15.2.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* (14 Junio 2001); art. 9 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Octubre 2000) y art. 9.1.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Telefónica Servicios Móviles, S.A.* (12 Diciembre 1996).

como consecuencia de una decisión individual del partícipe de suspender sus aportaciones obligatorias¹⁷⁸⁹.

Por tanto, como se ha podido comprobar, no siempre que se produzca la suspensión del contrato de trabajo necesariamente tiene que producirse la pérdida de la condición de partícipe en activo del sujeto implicado. Esta consecuencia no tendrá lugar con el acaecimiento de determinados hechos suspensivos del vínculo contractual, sin que se interrumpan las correspondientes aportaciones. Ahora bien, ello no significa que el estatuto jurídico que mantiene el partícipe en tales situaciones deba equipararse necesariamente al que ostentaba con anterioridad. En otras palabras, cabe la posibilidad, si así se prevé en las especificaciones del plan, que la determinación de las aportaciones a efectuar por el promotor como, en su caso, las que el mismo partícipe realice, se someta a diversos condicionamientos, siendo el más relevante el que se refiere al salario regulador que sirve de base para el cálculo de aquéllas (por ejemplo, en los casos de suspensión temporal de la relación laboral con el promotor por incapacidad temporal o permiso sin sueldo inferior a 30 días, se entenderá por salario regulador, a los efectos de realización de aportaciones obligatorias ordinarias, las cantidades que se perciban del promotor, incluidas las que se produzcan en concepto de pago delegado, durante dichas situaciones¹⁷⁹⁰).

Una vez vistas las causas o circunstancias que pueden servir de justificación para la interrupción de las aportaciones de un plan y antes de pasar al estudio de los derechos y obligaciones del partícipe en tal situación, resulta obligado preguntarse si el pase a la posición de partícipe en suspenso requeriría la conformidad de aquél. Es decir, se trataría de dilucidar si el mantenimiento de los derechos consolidados, una vez acaecidas las situaciones específicas motivantes de la suspensión de aportaciones, exige asimismo del consentimiento del partícipe. La respuesta parece obvia a estas alturas y no puede ser más que negativa conforme a lo previsto en el art. 35.2 RFPF, el cuál impone tal condición, la de partícipe en suspenso, a todos los partícipes que hayan cesado en la realización de aportaciones, tanto directas como imputadas. Eso sí, siempre que paralelamente no se produzca la movilización de los derechos

¹⁷⁸⁹ Véase, el art. 21.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Universidad de Murcia* (23 Febrero 2005).

¹⁷⁹⁰ Art. 21.2.1.2. del *Reglamento del plan de Pensiones de Empleados de Telefónica* (febrero 2005). Una medida similar se encuentra en el art. 12.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid*. Asimismo, el ejercicio del derecho de huelga y la situación de suspensión de empleo y sueldo pueden suponer el mantenimiento de la condición de partícipe del Plan pero únicamente con derecho a las coberturas de riesgo previstas en las Especificaciones del Plan y sin que el promotor esté obligado a hacer las aportaciones para cubrir la contingencia de jubilación [art. 11.2. a) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)*; art. 43.3. del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Prensa Española, S.A.* y art. 8 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones CAI-EMPLEO*].

consolidados en tal situación, lo que por cierto exigirá de una manifestación en tal sentido del partícipe, por lo que no teniendo lugar ésta el efecto de la norma es directo y automático: el partícipe en activo adquiere la condición de partícipe en suspenso sin necesidad de que se de un consentimiento expreso de aquél en esta dirección.

La tercera de las cuestiones que planteábamos al inicio de este apartado se refería al régimen jurídico aplicable a los partícipes en suspenso. Pues bien, respecto de la situación en la que quedan éstos, en lo que a sus derechos y obligaciones se refiere, hay que hacer mención de las siguientes cuestiones. De entrada, habría que decir que el mantenimiento de los derechos consolidados en el plan no supone que los mismos no se vean afectados por los resultados positivos o negativos que les correspondan durante los ejercicios de su permanencia en el plan. Al contrario, su importe vendrá determinado en cada momento en función de los derechos económicos que tenía en el momento de la suspensión de las aportaciones, más los rendimientos generados por los recursos invertidos, atendiendo, en su caso, a los quebrantos y gastos que se hayan producido. En suma, como indica el párrafo 2º del art. 35.2, “los derechos consolidados de los partícipes en suspenso se verán ajustados por la imputación de los resultados que les correspondan durante los ejercicios de su mantenimiento en el plan de acuerdo con el sistema de capitalización que les resulte aplicable”. Por tanto, los derechos consolidados evolucionarán a partir de ese momento de manera vegetativa, puesto que no habrá aportaciones y sólo aumentarán en razón de la parte de los rendimientos del fondo que les corresponda¹⁷⁹¹.

En segundo lugar, hay que hacer notar que los derechos y obligaciones de los partícipes en suspenso serán los mismos que los del resto de los partícipes en activo, salvo en lo relativo al cese de aportaciones. Ello significa que ambos disfrutan del mismo estatuto jurídico como partícipes, con los mismos derechos políticos, económicos y de información y los mismos deberes, con la única diferencia de que aquellos no se verán beneficiados de las aportaciones fijadas con carácter ordinario en el plan. Es más, de haberse previsto en las especificaciones del plan, el partícipe en suspenso podrá realizar aportaciones voluntarias al plan durante esta situación (art. 35.3, párrafo 3º RFPF), lo que permite aproximar ambas posiciones todavía más, salvo en lo relativo a las contribuciones del promotor. Ello descartaría, además, cualquier tentación por parte de las especificaciones de los planes de limitar el ejercicio de determinados derechos por parte de los partícipes en suspenso en base a la desaparición de la participación financiera del promotor. No cabe, por tanto, diferencia

¹⁷⁹¹ MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 93.

alguna que no sea la relacionada con el cese de las aportaciones¹⁷⁹², y ello pese a que conforme al párrafo 3º del art. 35.2 RFPF corresponda al reglamento del plan y, en su caso, a la base técnica del mismo el establecer de forma expresa “el régimen aplicable a los partícipes en suspenso”. A nuestro juicio, y con fundamento en el principio de no discriminación, no parece acertado sostener una diferenciación jurídica entre ambas posiciones que nada tenga que ver con la suspensión de los deberes de contribución. A mayor abundamiento cabe citar el mandato contenido en el art. 4 de la Directiva 98/49/CE que exige a los Estados miembros que adopten “las medidas necesarias para garantizar a los afiliados para los que hayan dejado de abonarse cotizaciones a un régimen complementario de pensión como consecuencia de un desplazamiento de un estado miembro a otro el mantenimiento de los derechos de pensión adquiridos en un nivel comparable al nivel de que se benefician los afiliados respecto de los cuáles se deje de cotizar pero que permanecen en el mismo Estado miembro”¹⁷⁹³.

Por último, resulta evidente que el partícipe en suspenso tendrá derecho a restablecer su situación en el plan una vez que cese la causa que originó la suspensión, reanudándose las contribuciones y, en su caso, las aportaciones correspondientes. Asimismo, el mantenimiento de esta situación se prolongará, entre otras circunstancias, hasta que se produzca su adhesión a otro plan, ejercitando el correspondiente derecho de movilización, o pase a la situación de beneficiario, siempre que no se derive de otros planes.

Únicamente, queda referirse a una última cuestión que está relacionada de forma indirecta con la situación jurídica del partícipe en suspenso, a saber, el de la figura de los partícipes voluntarios o asimilados al alta. En concreto, estaríamos ante determinados supuestos creados normalmente por la autonomía colectiva y pensados para aquellos trabajadores que extinguen o suspenden su relación laboral con el promotor como consecuencia de su inclusión en los programas de adecuación de plantilla o desvinculación definitiva de la empresa acordados por la negociación colectiva, siempre que se mantengan vinculados a la empresa promotora en virtud de un acuerdo que tenga por objeto posibilitarles el acceso a la jubilación del sistema público de protección¹⁷⁹⁴. En estos casos, y a diferencia de los

¹⁷⁹² Por ello, no se puede compartir la previsión contenida en el art. 14 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los empleados de la Autoridad Portuaria de Melilla* (Junio 2005) en la que se le niega al partícipe en suspenso el derecho a ser miembro de la comisión de control del plan. Aún cuando dicha regla pueda contar con un apoyo jurídico explícito en base a lo preceptuado por el art. 31.3.a) RFPF, lo cierto es que la propia norma acepta igualmente que los mismos puedan ostentar la condición de elegibles.

¹⁷⁹³ Igualmente, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria [SEC (2005)1293], en su art. 5.1 impone a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para asegurarse de que se lleva a cabo un ajuste equitativo de los derechos latentes a fin de evitar una penalización del trabajador saliente.

¹⁷⁹⁴ Sirva de ejemplo lo previsto en el art. 7 bis del *Reglamento del Plan de Pensiones de los empleados de Telefónica* (Febrero 2005).

partícipes en suspenso, lo más normal es que los empleados que pasen a esta situación sigan manteniendo su condición de partícipe en activo, sin que se produzca, por tanto, el cese de las aportaciones pactadas en el plan.

2.2. Los derechos económicos de los beneficiarios

Una vez que las prestaciones comprometidas por el plan pasan a percibirse por los correspondientes beneficiarios ya no corresponde hablar de derechos consolidados, sino de derechos económicos¹⁷⁹⁵. Se trata de una diferenciación terminológica que se ha terminado por imponer, primero, jurisprudencialmente¹⁷⁹⁶, y luego, en la propia normativa de los planes de pensiones¹⁷⁹⁷, y que se recordará no es más que una manifestación de la distinta posición jurídica que se reconoce a partícipes y beneficiarios en el ámbito del sistema-plan. Así, de acuerdo con el art. 8.8 TRLPFP es a los partícipes a quienes se les atribuye la facultad de hacer efectivos sus derechos consolidados, dado que de las aportaciones, directas o imputadas, a los planes de pensiones se determinan sus derechos [art. 5.1.d) TRLPFP]. En el caso de los beneficiarios, su condición de titulares de los bienes adscritos al plan se produce cuando se materialice el hecho causante que da lugar a la prestación. Y esta situación tiene lugar como consecuencia de la transformación de los derechos consolidados de los partícipes en derechos causados a las prestaciones.

Con independencia de lo que se dirá más adelante con respecto al régimen jurídico de las prestaciones del plan, interesa ahora destacar únicamente tres aspectos de los derechos económicos de los beneficiarios: el primero, referido al modo en que los mismos son objeto de determinación, una vez se produce el acaecimiento del hecho causante de la prestación garantizada; el segundo, que corresponde a la posibilidad de que el beneficiario pueda movilizar tales derechos; y, el tercero, relacionado con la introducción por el plan de garantías de revalorización de las prestaciones.

En el primero de los asuntos expuestos, conviene recordar que la titularidad de partícipes y beneficiarios recae sobre los recursos patrimoniales del plan, entre los que se encontrarán tanto las aportaciones realizadas por los propios partícipes, las imputadas a éstos por el promotor y, en fin, los recursos que se deriven de las diferentes inversiones que realice el fondo donde se integre el plan, deducidos los gastos correspondientes. Ello supone, como se recordará, que exista un principio

¹⁷⁹⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social...*, *op. cit.*, p. 191.

¹⁷⁹⁶ La STSJ Madrid 23 Septiembre 1994 (*AS*, 1994, 3633) acoge esa diferenciación entendiendo que con el concepto de derecho consolidado no se está haciendo referencia a una situación agotada como el derecho adquirido.

¹⁷⁹⁷ Esta distinción se reconoce expresamente en el actual RFPF (RD 304/2004).

de equivalencia entre los derechos consolidados de los partícipes y las prestaciones finalmente recibidas. En otras palabras, la cuantía de la prestación en favor del beneficiario, una vez acaecido el hecho causante, se ajustará al derecho consolidado (art. 22.3 RFPF). Ahora bien, dicha cuantificación de los derechos económicos de los beneficiarios debe ser matizada, puesto que no siempre tendrá lugar dicha correspondencia.

En primer lugar, esta falta de adecuación se producirá en los planes de aportación definida, en concreto, en los supuestos en que la prestación consista en una renta actuarial o un capital diferido y la obligación de pago de ésta sea asumida por el plan (es decir, no sea objeto de aseguramiento por terceros); y ello porque en estos casos los derechos consolidados que deben hacerse efectivos en concepto de prestación se minorarán en la parte alícuota del margen de solvencia exigible correspondiente al beneficiario (art. 22.4, párrafo 1º RFPF). Igualmente, en los planes de prestación definida o en los mixtos, en la parte que corresponda a las prestaciones fijadas de antemano, también se puede producir un desfase entre los derechos consolidados y la prestación correspondiente. De un lado, puede ocurrir que tal desviación sea desfavorable para ésta última, lo que “deberá ser soportada por el promotor, o según lo establecido en las especificaciones del plan de pensiones” (art. 22.3 RFPF). De otro, cabe la posibilidad de que sea el propio plan el que prevea la realización de incrementos en las aportaciones, en el momento de producirse la contingencia, en la parte alícuota del margen de solvencia imputable al partícipe, siempre que la prestación definida no consista en una renta o capital diferido determinado cuyo riesgo sea asumido por el plan (art. 22.4, párrafo 2º RFPF).

Por otra parte, hay que hacer notar que a los beneficiarios les corresponderá la facultad de movilizar sus derechos adquiridos a otro plan de pensiones (art. 22.5 RFPF), lo que podrá tener lugar únicamente cuando se termine el plan (arts. 8.8, párrafo 4º TRLFPF y 35.5 RFPF). En tal caso, como señala el art. 5.4, último párrafo, corresponde al plan prever la integración “de los derechos derivados de las prestaciones causadas que permanezcan en el plan, en otros planes de pensiones”. Como se ve, tal movilización es mucho más restrictiva que en el caso de los derechos consolidados de los partícipes, puesto que tan sólo se admite que pueda tener lugar con la liquidación del plan, descartándose que los beneficiarios puedan transferir sus derechos con libertad una vez extinguida la relación laboral del partícipe con el promotor¹⁷⁹⁸.

Finalmente, hay que tener en cuenta la incidencia que puede tener sobre los derechos económicos de los beneficiarios el que el plan haya

¹⁷⁹⁸ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., pp. 531-532.

previsto algún tipo de compromiso de revalorización respecto de los mismos. A ello se refiere el art. 6.1.e) TRLFPF señalando que corresponderá a las especificaciones de los planes determinar “si las prestaciones son o no revalorizables y, en su caso, la forma de revalorización”. Como cabe imaginar, y postergando el análisis de esta cuestión para más adelante, tal previsión resulta decisiva en orden a garantizar más eficazmente los derechos de cobro de los beneficiarios siempre que éstos se prolonguen en el tiempo, como es el caso de las prestaciones en forma de renta actuarial.

3. La acción protectora: las prestaciones del plan del sistema de empleo

La acción protectora de un sistema privado de pensiones, al igual que en los regímenes públicos de Seguridad Social, vendría caracterizada por la forma en que se definen las situaciones de necesidad objeto de protección y los mecanismos específicos de cobertura. Como se ve, de esta definición se pueden destacar dos aspectos interrelacionados, que serán objeto de estudio a continuación: de un lado, las contingencias protegibles que el plan de pensiones puede llegar a contemplar y, de otro, las prestaciones comprometidas una vez tengan lugar aquéllas¹⁷⁹⁹. En todo caso, antes de pasar al análisis de estas y otras cuestiones, resulta obligado volver a referirse a la configuración global que el modelo legal y reglamentario realiza de este asunto en relación con lo previsto sobre esta misma materia por el sistema público de protección. No se trataría aquí de volver a reiterar argumentos sobre la relación de intercambiabilidad entre los regímenes privados y públicos de protección, sino más bien de poner de manifiesto de forma sintética la relación de complementariedad-suplementariedad existente entre las contingencias protegidas por el sistema público y el privado.

Pues bien, teniendo en cuenta lo comentado en otro lugar con respecto a la posibilidad de que el plan de pensiones pueda ser complementario o no del régimen público de Seguridad Social (art. 1.2 TRLFPF) -pueden situarse al lado de los sistemas públicos completándolos o integrándose en ellos con la idea de alcanzar un nivel protector determinado o, por el contrario, quedarse al margen del régimen público de protección otorgando una serie de prestaciones que juegan con independencia absoluta con respecto a la acción protectora pública- hoy resulta incuestionable una marcada evolución del régimen legal en favor de la configuración de la acción protectora de los planes como complementaria de la rama pública de pensiones¹⁸⁰⁰, en consonancia con la orientación que de este asunto han

¹⁷⁹⁹ Vid., VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de...*, *op. cit.*, pp. 175-176.

¹⁸⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 52.

dado otros ordenamientos, señaladamente el italiano¹⁸⁰¹. Se trata de una opción que ha sido fruto de las reformas operadas en el ámbito de los planes a partir de 1999. Así, de una primera regulación reglamentaria caracterizada por su inconcreción jurídica¹⁸⁰², sin referencia alguna a la normativa de Seguridad Social, se ha pasado a otra mucho más precisa en la delimitación de las contingencias objeto de protección por el plan que, además, se formula en clara remisión a la regulación del sistema público de protección¹⁸⁰³. Por ello, en la actualidad, tras las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 24/2001 al art. 8.6 TRLFPF, se puede deducir del régimen legal una voluntad manifiesta de que las prestaciones previstas cumplan una función de complementariedad de las del sistema público. Con respecto a la norma legal, ésta delimita el ámbito objetivo de cobertura de las pensiones privadas –contingencias- sobre la acción protectora del sistema público. Ejemplo de ello es la remisión que el texto legal hace a este sistema en cuanto a la concreta delimitación de las contingencias, circunscribiéndose, en lo sustancial, a las pensiones contributivas previstas en el Sistema Público de Seguridad Social, y más en particular a su rama de pensiones¹⁸⁰⁴.

En cualquier caso, y como se tendrá ocasión de comprobar esta fórmula de reenvío a la normativa de Seguridad Social no deja de ser problemática a la hora de interpretar la relación entre la autonomía contractual y la legislación pública de pensiones a efectos de determinar el ámbito objetivo y subjetivo de protección de los planes; algo que, por lo demás, no es nuevo en nuestro sistema jurídico de previsión social. En principio, habría que considerar que el margen de libertad de los sujetos negociadores de un sistema-plan es pleno a la hora de decidir qué situaciones de necesidad deben ser protegidas, ahora bien, en su concreta delimitación conceptual la voluntad de los promotores y partícipes del plan debe encontrar importantes limitaciones¹⁸⁰⁵. Sin embargo, dicha regla general parece encontrar una excepción en el caso de la contingencia de fallecimiento del partícipe o beneficiario, puesto que en este caso el sistema

¹⁸⁰¹ Resulta aceptado por parte de la doctrina italiana que la evolución legislativa de la previsión complementaria ha favorecido una suerte de conexión funcional entre el sistema público y privado de protección, señaladamente en lo que se refiere a los requisitos de acceso a las prestaciones. *Vid.* ZAMPINI, G.: *La previdenza complementare...*, *op. cit.*, p. 277 y CIOCCA, G.: “Le prestazioni”, en VV. AA.: (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, p. p. 427.

¹⁸⁰² Se habló, en su momento, del laconismo del reglamento sobre este asunto “(que preveía la jubilación o situación asimilable del partícipe como contingencia protegible por los planes de pensiones, y poco más)...” (PRADAS MONTILLA, R.: “Planes y Fondos de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 8).

¹⁸⁰³ Fue, en primer lugar, el RD 1589/1999, de 15 octubre quien con la modificación introducida en el art. 16 RFPF (RD 1307/1988) ubicó a los planes de pensiones “en un terreno claramente complementario respecto de la protección otorgada por la Seguridad Social” [ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.; BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, p. 160].

¹⁸⁰⁴ En sentido similar, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 302.

¹⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 303.

legal actúa con una ambigüedad deliberada, sin remisión alguna a la normativa pública de protección, dejando en manos del acuerdo colectivo de previsión la facultad de su delimitación.

Por lo demás, se ha podido decir, con razón, que este cambio de orientación en la acción protectora proporcionada por los planes de pensiones puede tener efectos positivos muy valiosos en lo que al desarrollo de los planes de pensiones del sistema de empleo se refiere, por cuanto, de un lado, se percibe con mayor claridad la conexión entre los instrumentos privados de protección y los públicos, lo que puede contribuir a reforzar la confianza en aquéllos; y, de otro, que los acuerdos de protección complementaria se sustenten en la clara intención y voluntad de obtener una prestación complementaria respecto de las dispensadas por el sistema público¹⁸⁰⁶. De hecho, como se tendrá ocasión de comprobar, la práctica negociadora viene a confirmar esa más que evidente intención de los agentes sociales de instaurar medidas de previsión de carácter colectivo que mejoren o completen el importe de la pensión pública. Ahora bien, conviene tener en cuenta igualmente el aspecto más negativo de la complementariedad predicable de los planes de pensiones del sistema de empleo, esto es, que lejos de mejorar el “optimum” de las prestaciones públicas se dirijan más bien a completar el “optimum” fijado por la prestación pública¹⁸⁰⁷. En suma, esta tendencia a hacer de los planes privados de pensiones, especialmente de los del sistema de empleo, instrumentos complementarios de la protección otorgada por el sistema público y obligatorio de Seguridad Social entraña ciertos riesgos, mirados desde el punto de vista de la suficiencia a la que deben atender las prestaciones proporcionadas por dicho sistema.

Por último, hay que hacer notar la distinta conceptualización de la complementariedad prevista en el ordenamiento comunitario, específicamente en la Directiva 98/49/CE, ya citada. Y es que, conforme al art. 3.a) de la citada Directiva, se debe entender por “pensión complementaria”: las pensiones de jubilación y, cuando así lo establezcan las normas de un régimen complementario de pensión establecido con arreglo a la legislación y a la práctica nacionales, las prestaciones por invalidez y de supervivencia, destinadas a completar o sustituir las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social para los mismos riesgos”. Como se ve, la noción comunitaria de pensión complementaria es más amplia que la prevista en el ordenamiento jurídico interno, puesto que éste último descarta el que las pensiones privadas puedan cumplir una función sustitutiva de las prestaciones públicas y obligatorias de protección. Ello, no obstante, resulta explicable en base a dos elementos

¹⁸⁰⁶ ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, pp. 160-161.

¹⁸⁰⁷ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 405.

esenciales relacionados con la realidad comunitaria: de un lado, la diversidad de regímenes complementarios de previsión que conviven en el marco social de la Unión Europea y, de otro, la necesidad de proteger lo más ampliamente posible los derechos de pensión complementaria de los trabajadores profesionales dentro de ese ámbito europeo¹⁸⁰⁸.

3.1. Las contingencias susceptibles de cobertura

Los arts. 8.6 TRLFPF y 7 RFPF son los que determinan qué situaciones de necesidad pueden ser objeto de cobertura a través de un plan de pensiones. Y así, la jubilación, la incapacidad permanente, la muerte del partícipe o beneficiario y la dependencia severa o gran dependencia son las contingencias por las que se satisfarán las prestaciones correspondientes. Se trata, por tanto, de una lista cerrada de contingencias¹⁸⁰⁹, de manera que en los planes no será posible admitir prestaciones de otro tipo, las cuáles, como se ve, están en consonancia con la entera rama de pensiones del sistema público de protección. Sin embargo, y aún cuando exista una limitación en cuanto a la configuración del tipo de pensiones que se pueden dispensar, los sujetos constituyentes van a tener absoluta libertad a la hora de fijar las normas que regulen aquéllas. Así se desprende de los arts. 6.1.e) TRLFPF y 18.e) RFPF al indicar que los planes de pensiones deberán precisar necesariamente la “definición de las prestaciones y normas para determinar su cuantía, con indicación, de si las prestaciones son o no revalorizables y, en su caso, la forma de revalorización” y los criterios y regímenes de diferenciación de aportaciones y prestaciones. Dicha libertad se extiende a la posibilidad de que el plan pueda no contemplar determinadas situaciones de necesidad¹⁸¹⁰ o, incluso, que aquél se constituya para la cobertura de una única situación¹⁸¹¹. Se constata, de esta forma, una significativa libertad de concepción y configuración del cuadro de prestaciones previstas, lo que por otro lado es consustancial a los sistemas privados de pensiones dada su base contractual y, en consecuencia, su amplio margen de gestión y organización económico-financiera¹⁸¹². En la práctica, los reglamentos de planes de pensiones se inclinan de forma mayoritaria por admitir, al completo, el conjunto de las

¹⁸⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸⁰⁹ Hay que recordar, al respecto, que el art. 8.5 del Proyecto de Ley sobre regulación de los fondos de pensiones dejaba en manos de cada plan la posibilidad de extender la cobertura de los planes a otro tipo de prestaciones complementarias, lo que permitía pensar en una eventual inclusión de otro tipo de contingencias protegibles no ligadas necesariamente a la terminación de la relación laboral, tales como la incapacidad temporal, maternidad o el desempleo (BOCG, Serie A, Núm. 7-5, 17 noviembre 1986).

¹⁸¹⁰ El art. 8.6 TRLFPF utiliza la expresión “podrán ser” en alusión a las contingencias.

¹⁸¹¹ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 406. En idéntico sentido, ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, p. 161. Hay que hacer notar en este punto el intento de establecer como requisito ineludible el que todos los planes contemplaran necesariamente la contingencia de jubilación, lo que fue descartado a instancia del Consejo de Estado. *Vid.* Dictamen núm. 51880/JR, de 1 julio 1988.

¹⁸¹² MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 302.

contingencias definidas en el art. 8.6 TRLPFP. Pese a ello, no faltan planes que excluyen alguna de ellas, especialmente la situación de fallecimiento del beneficiario¹⁸¹³. En todo caso, hay que recordar que la constitución de un plan del sistema de empleo de grupos de empresas requería que las empresas del grupo tuvieran compromisos por pensiones con su personal activo para la contingencia de jubilación, conforme al ya derogado art. 74.2.b) RFPF (RD 1307/1988), por lo que, en este caso, nunca se admitiría la posible exclusión de la citada contingencia, dado que su cobertura se convertía en un requisito constitutivo de este tipo de planes. Pese a ello, el nuevo RFPF (RD 304/2004) ha hecho desaparecer este criterio, por lo que se traslada también a los planes de grupo la posibilidad de determinar con absoluta libertad el conjunto de las contingencias a proteger en el sistema-plan.

Finalmente, y antes de proceder al estudio de cada una de las situaciones de necesidad que pueden ser objeto de protección por un plan de pensiones, hay que precisar que esta limitada acción protectora de los planes de pensiones del sistema de empleo, coincidente, como se ha dicho, con la rama de pensiones del sistema público y obligatorio de protección, no ha impedido que el modelo legal admita la posibilidad de ampliar aquella por la vía de la incorporación de los supuestos de disponibilidad limitada de los derechos consolidados. Y es que si los planes de pensiones llegan a contemplar las situaciones de desempleo y enfermedad grave con el objetivo de que los partícipes puedan hacer efectivos sus derechos económicos estaríamos en estos casos ante instrumentos de protección en casi perfecta sintonía con la protección económica dispensada por el sistema básico de Seguridad Social¹⁸¹⁴. Es más, como se tendrá ocasión de comprobar, esta atribución de nuevos ámbitos de cobertura de los planes de pensiones en clara conexión con los del sistema público de protección se consolida de forma bastante clara de confirmarse el nuevo papel otorgado a éstos en el aseguramiento de las situaciones de dependencia. Ahora bien, siendo loable esta ampliación indirecta de las contingencias protegibles por un plan de pensiones, hay que compartir la inquietud de algún autor que ha considerado que tal medida podría servir para justificar un nuevo paso de retirada de lo público en el ámbito de la protección social¹⁸¹⁵. En otras palabras, esta mayor vinculación entre lo público y lo privado en materia protectora no deja de ser, en cierto modo, preocupante, puesto que cada día

¹⁸¹³ Véanse, entre otros, *Reglamento del Plan de Pensiones Midesa*; *Reglamento del Plan de Pensiones del Excmo. Ayuntamiento de Santa Pola*; *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Unisys España, S.A.* y el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo del Banco de Crédito Local*. Curiosamente, el art. 28 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA* reconoce para los Colectivos que denomina A, B y C las prestaciones de viudedad y orfandad causadas únicamente por fallecimiento del partícipe como consecuencia de accidente de trabajo.

¹⁸¹⁴ ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, p. 161.

¹⁸¹⁵ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 525.

más parece confirmarse la transición silenciosa hacia un nuevo modelo de protección social con mayor protagonismo de los planes privados de pensiones¹⁸¹⁶.

A) La jubilación: modalidades protegidas y requisitos de acceso a la prestación

De las tres contingencias protegibles en un plan de pensiones la jubilación es la que mayor atención merece, no sólo desde el punto de vista normativo, sino también en lo que a la práctica negociadora se refiere¹⁸¹⁷. Es más, habría que pensar que la cobertura de aquella situación de necesidad es consustancial con este tipo de sistemas de previsión, puesto que siempre ha de establecerse una edad en la que se le permita al partícipe obtener las rentas para la que ha estado realizando aportaciones durante un largo período de tiempo¹⁸¹⁸. Y es que la configuración de los planes de pensiones como instrumentos de ahorro finalista parece exigir de éstos el que el acuerdo colectivo de formalización contemple por necesidad su inclusión.

Por lo demás, y teniendo en cuenta lo preceptuado en el art. 8.6.a) TRLPFP, el análisis de esta situación de necesidad parece aconsejar que distingamos dos formas de acceso a la prestación de jubilación: una, la ordinaria, que correspondería a los partícipes que o bien acceden a la jubilación según lo previsto en el Régimen de Seguridad Social o bien no pudiendo hacerlo de tal forma, lo hacen al cumplir la edad ordinaria de jubilación y acreditar, simultáneamente, el cumplimiento de determinados requisitos; y, otra, excepcional, por cuanto sin que tenga lugar el hecho causante de la prestación se permite anticipar su cobro a partir de los sesenta años. La diferencia entre ambos cauces estriba en el hecho de que en el primero se entiende que la contingencia se ha producido, ya porque se cumplen los requisitos preceptivos legales correspondientes o ya porque se ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación, lo que determina que nazca el derecho del partícipe al cobro de la misma¹⁸¹⁹; por el contrario, en el

¹⁸¹⁶ De nuevo, se pone de manifiesto en esta cuestión el difícil equilibrio entre lo público y lo privado en materia de protección social. Los nuevos espacios de cobertura otorgados a los instrumentos privados de previsión evidencian un aspecto suficientemente reiterado en este trabajo, a saber, el redimensionamiento de la función del Estado en materia de bienestar. *Vid.* REYNAUD, E.: “L’avenir des retraites en débat”, *Chronique Internationale de l’IRES*, núm. 48, 1997, p. 9.

¹⁸¹⁷ Es la “contingencia por antonomasia” (MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 303) y la que mayor regulación presenta en la negociación colectiva (GARCÍA VIÑA, J.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, pp. 178-179.

¹⁸¹⁸ Por esa razón la norma legal prevé “las reglas para obtener tal prestación cuando no sea posible el acceso del partícipe a la jubilación, tal y como ésta es configurada” [ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, p. 162].

¹⁸¹⁹ A nuestro juicio, no resulta acertado encuadrar la situación del partícipe que accede a la prestación del plan, cumplida la edad ordinaria de jubilación y sin tener derecho a la pensión pública, entre los supuestos de cobro anticipado, por cuanto si se sigue el esquema legal estaríamos en tales casos ante la producción del hecho causante, es decir, como el propio art. 8.6.a), párrafo 2º TRLPFP señala, la contingencia se entendería producida. Por el contrario, para ORELLANA CANO el disfrute de la prestación de un plan

segundo caso, se considera que no ha tenido lugar la materialización del hecho causante de la prestación, pero aún así, y siempre que esté previsto en las especificaciones del plan, se faculta al partícipe para que, si lo desea, pueda disponer anticipadamente de ésta. De hecho, es la propia norma reglamentaria la que señala que en el primer caso no procede “el anticipo de la prestación” (art. 8.1, último párrafo RPPF). A ambos supuestos nos referiremos a continuación de forma separada.

a) La vía ordinaria de acceso a la jubilación

En la actualidad, como se ha tenido ocasión de subrayar, la jubilación se determinará de acuerdo con el Régimen de Seguridad Social correspondiente [art. 8.6.a) TRLPFP]. Con esta técnica de remisión clara y directa a la normativa de las pensiones públicas se supera la etapa precedente caracterizada por la indefinición jurídica en esta materia, dado que el texto legal derogado atribuía a las partes la facultad de determinar los requisitos subjetivos y objetivos de acceso a esta prestación¹⁸²⁰. La consecuencia de tal medida es fácil de imaginar: el pase a la situación de jubilación por el partícipe dependerá del cumplimiento de los condicionamientos legales constitutivos (del sistema público y obligatorio) de esta prestación en su modalidad contributiva, atendiendo al concreto régimen en el que se encuentre encuadrado aquél. Teniendo en cuenta esto, parece claro, por tanto, que el partícipe tendrá derecho a percibir una prestación de jubilación del plan (de contemplarse la misma en sus especificaciones) en cualquiera de las situaciones previstas por la normativa de Seguridad Social, ya sea la jubilación ordinaria, la anticipada, la parcial o, incluso, la postergada o demorada. Situaciones, por cierto, a las que hoy se refiere expresamente el apartado 1º del art. 7.a) RPPF al indicar que “la contingencia de jubilación se entenderá producida cuando el partícipe acceda efectivamente a la jubilación en el Régimen de Seguridad Social correspondiente, sea a la edad ordinaria, anticipada o posteriormente”.

En el primer caso, bastará con que el partícipe reúna las condiciones previstas en el art. 161 TRLGSS, esto es, estar en alta o en situación asimilada al alta, acreditar un período mínimo de cotización y haber cumplido los 65 años de edad. Aparte, habrá que tener en cuenta los supuestos de adelanto de la edad ordinaria de jubilación (art. 161.2 TRLGSS) y lo indicado para las personas con un grado de minusvalía igual

sin que el partícipe ostente los requisitos necesarios para causar derecho a la pensión pública, una vez cumplidos los 65 años, lo que determina es el derecho de aquél a anticipar la percepción de la prestación correspondiente (“Contingencias protegidas y prestaciones de los compromisos por pensiones”, en VV. AA.: *Seguridad social...*, *op. cit.*, p. 207).

¹⁸²⁰ El art. 8.6.a) LPFP (Ley 8/1987) no especificaba que había que entender por jubilación o situación asimilable. No había, en este sentido, ninguna referencia explícita a la legislación reguladora de la rama de pensiones públicas.

o superior al 65 por 100 (art. 161.2, párrafo 2º TRLGSS). Más problemática, por razones de sobras conocidas, podía resultar la posibilidad del acceso a la prestación complementaria del plan como consecuencia de que una norma colectiva hubiera establecido una edad forzosa de jubilación. En la actualidad, y tras una viva controversia en la doctrina científica y jurisprudencial, motivada por la anterior derogación de la disposición adicional 10ª del ET, se hace posible que en sede convencional se puedan fijar edades obligatorias de jubilación¹⁸²¹.

En el segundo supuesto, el de la jubilación anticipada, corresponderá al partícipe del plan acreditar los requisitos exigidos en el art. 161.3 TRLGSS, es decir, tener cumplidos los sesenta y un años de edad; encontrarse inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación; ostentar un período mínimo de cotización efectiva de 30 años; y que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad de aquél. Igualmente, también tendrán derecho a la jubilación anticipada a partir de los sesenta años los que en el momento del cese en el trabajo acrediten haber tenido la condición de mutualistas antes del 1 de enero de 1967 (disp. trans. 3ª TRLGSS). En ambos casos, como en la jubilación parcial, hay que dejar claro que no estaríamos ante supuestos de disposición anticipada de la pensión privada del plan, ya que esta posibilidad, permitida por el legislador, de adelantar el disfrute de la misma, únicamente tiene lugar “cuando no sea posible el acceso de un partícipe a la jubilación”, y, como se ha dicho, en el caso de la jubilación anticipada, y como también se dirá, para el caso de la jubilación parcial, no estamos en presencia de un cobro anticipado de la prestación del plan sino en el nacimiento del derecho a la percepción, al producirse la materialización de la contingencia objeto de cobertura¹⁸²².

En tercer lugar, también el partícipe del plan podrá acceder a la jubilación, en su modalidad parcial, en cualquiera de los dos supuestos previstos por el art. 166 TRLGSS, es decir, bien cuando el beneficiario ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación o bien cuando tenga una edad inferior en cinco años, como máximo a la exigida con carácter general. En ambos casos, y cumplidos los requisitos exigidos legalmente, se entenderá producido el hecho causante de la prestación del plan, lo que permitirá al

¹⁸²¹ La Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (BOE 2 julio 2005) ha vuelto a incorporar al ET una disposición (Adicional Décima) para que en los convenios colectivos se puedan establecer cláusulas que posibiliten, en determinados supuestos y bajo ciertos requisitos, la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación.

¹⁸²² En idéntico sentido, ORELLANA CANO, A. M.ª: “La jubilación en los Planes de pensiones (Reforma introducida por la Ley 24/2001 de 27 diciembre e incidencia de la Ley 35/2002 de 12 de julio). Julio 2002”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho de la Seguridad Social)*, núm. 39, 2002, p. 49.

partícipe el disfrute de la pensión privada de jubilación. Ahora bien, dicho esto, conviene tener en cuenta dos importantes limitaciones al percibo de la citada prestación: primero, que el pago de prestaciones con motivo del acceso a la jubilación parcial del partícipe, conforme a la normativa de la Seguridad social, debe haberse previsto en las especificaciones del plan¹⁸²³, ya que la regla general es que quiénes se encuentren en aquella situación deberán continuar como partícipes del plan, pudiendo realizar aportaciones para la jubilación total [art. 7.a), 1º, último párrafo RFPF]; y, segundo, que si se opta por el disfrute de la pensión, siempre que se haya previsto por el plan, el partícipe causará baja en el mismo, pasando a ostentar la condición de beneficiario. Ello es consecuencia de la imposibilidad de poder simultanear la condición de partícipe con la de beneficiario por jubilación, conforme a lo requerido por el art. 11.4 RFPF. En suma, la norma reglamentaria hace prevalecer, como criterio general, la consideración del jubilado parcial como partícipe en activo –el art. 7.a), 1º, último párrafo RFPF precisa que “tendrán como condición preferente en los planes de pensiones la de partícipe (...)”¹⁸²⁴.

Como se ve, la previsión reglamentaria expuesta en relación a la jubilación parcial no deja de ser una excepción a la técnica de remisión en bloque a lo establecido en el régimen correspondiente de Seguridad Social en cuanto a la determinación de la contingencia de jubilación. De un lado, no basta con que el partícipe del plan acredite la concurrencia de los requisitos previstos legalmente a efectos del cobro de la pensión pública de jubilación parcial, ya que para tener derecho al abono de la pensión privada por tal motivo las especificaciones deberán preverlo. De otro, no será posible compatibilizar el disfrute de la pensión del plan por jubilación parcial con el salario que se perciba de la prestación de servicios a tiempo parcial, lo que sí podrá tener lugar, conforme al art. 166.3 LGSS, en el caso de la pensión pública. Como se ve, estamos ante dos importantes excepciones a la regla general prevista legalmente, la cuál únicamente contempla que la jubilación se determine conforme a la normativa de Seguridad Social, sin más [art. 8.6.a) TRLRFPF]. Ello no hace sino plantear serias dudas sobre la adecuación de la norma reglamentaria a lo preceptuado en el ámbito legal.

En cuarto lugar, queda por analizar la incidencia de la permanencia en activo de los mayores de 65 años en el derecho al disfrute de la prestación del plan de pensiones. En este caso, cabe pensar que si el partícipe del plan continúa prestando servicios más allá de la edad ordinaria de jubilación, sin

¹⁸²³ Sirva de ejemplo lo previsto en el art. 25 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002) que reconoce al jubilado parcial la opción de causar derecho a la prestación de jubilación, posibilidad que deberá ejercitarse en el plazo máximo de seis meses desde la concesión de la jubilación parcial, siendo irreversible una vez ejercitada.

¹⁸²⁴ Este es, por lo demás, el criterio mantenido en la *Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones* (20 diciembre 2000).

acceder, por consiguiente, a la pensión, tampoco habrá adquirido la condición de pensionista de jubilación del plan. Es decir, de estarse a lo previsto en el régimen de Seguridad Social correspondiente, conforme a lo indicado por el art. 8.6.a) TRLPFP, deberíamos entender que la ampliación voluntaria de la edad mínima de acceso a la pensión de vejez determina que la contingencia objeto de cobertura en el plan no se ha producido, por lo que no nace el derecho al percibo de la misma¹⁸²⁵. Aquí la técnica remisoria no cuenta con excepción alguna, de modo que parece impedirse a los partícipes de los planes de pensiones la obtención de la prestación correspondiente del plan en todo caso a los 65 años, al vincularse necesariamente la pensión de jubilación del plan al disfrute de la correspondiente pensión del sistema público¹⁸²⁶. Por lo demás, habría que pensar igualmente que en el caso de que el partícipe optara por causar derecho a la pensión de jubilación, una vez alcanzada la edad de 65 años y cumplidos los requisitos constitutivos de acceso a la misma, y decidiera prestar servicios continuará percibiendo la prestación del plan, aunque se suspenda, salvo en el supuesto de jubilación parcial, su derecho a la pensión de jubilación del sistema público de Seguridad Social¹⁸²⁷.

Por último, otra de las formas de acceso a la jubilación, en el marco de lo que hemos denominado como vía ordinaria, es la prevista en el párrafo 2º del art. 8.6.a) TRLPFP, esto es, aquella en la que el partícipe, a pesar de no cumplir con los requerimientos legales preceptivos para poder disfrutar de la pensión de jubilación conforme al Régimen de Seguridad Social correspondiente, sí va a poder acceder a aquélla si es capaz de cumplir con estos tres requisitos: primero, haber cumplido la edad ordinaria de jubilación en el Régimen General, es decir, 65 años; segundo, no ejercer o haber cesado en la actividad laboral o profesional; y, tercero, no encontrarse cotizando para la contingencia de jubilación para ningún

¹⁸²⁵ ORELLANA CANO, A. M.^a: “La jubilación en los Planes...”, *op. cit.*, p. 48. Para esta misma autora “tampoco podría acogerse el partícipe, en todo caso, a lo preceptuado en el párrafo segundo del citado art. 8.6 a), pues regula el supuesto de que no se tenga derecho a pensión de jubilación, lo que puede suceder o no en el trabajador que decide continuar en activo. No obstante, sí que podrá acudir a la vía del cobro anticipado de la prestación del plan que se permite a partir de los 60 años, si es que no se ha ejercitado este derecho con anterioridad a la decisión de continuar en activo tras los 65 años”. A nuestro juicio, esta última apreciación se compadece mal con lo previsto en el art. 8 RFPF, puesto que el anticipo de la prestación correspondiente de jubilación exige el cese de toda actividad determinante del alta en la Seguridad Social y que en el momento de solicitar la misma no se reúna todavía los requisitos para su obtención.

¹⁸²⁶ Para ARADILLA MARQUÉS, BLASCO LAHOZ y LÓPEZ GANDÍA la imposibilidad en el acceso a la prestación del plan a partir de la edad ordinaria de jubilación, pese a la permanencia en activo del partícipe más allá de los 65 años, debería flexibilizarse ya que se corre el riesgo de que los planes de pensiones puedan “actuar de freno en la consecución de los objetivos que en esta materia pretenden fomentarse respecto del Sistema público y cabe recordar en este momento que la valoración positiva realizada respecto de los sistemas voluntarios complementarios del sistema público en los distintos Acuerdos sociales que se han celebrado desde el Pacto de Toledo, se realiza sobre la base de que *pueden contribuir al consolidar el modelo constitucional de protección social (...)*”. *Vid.*, “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, p. 163.

¹⁸²⁷ ORELLANA CANO, A. M.^a: “La jubilación en los Planes...”, *op. cit.*, p. 48.

Régimen de la Seguridad Social [art. 8.6.a), párrafo 2º TRLPFP]. Estaríamos, por tanto, ante una prestación del plan sin pensión pública de jubilación, poniéndose de manifiesto en este caso la función de complementariedad que pueden llegar a cumplir los instrumentos privados de previsión. Parece claro que con esta medida se pretendería favorecer el pase a la situación de jubilación y, por ende, al cobro de la prestación correspondiente a determinados colectivos, tales como, ex-trabajadores con los que la empresa haya podido asumir compromisos ante supuestos derivados de ceses voluntarios, despidos individuales calificados de improcedentes o determinados programas voluntarios de prejubilaciones, no encuadrables en lo previsto en el párrafo 3º del art. 8.6.a) TRLPFP¹⁸²⁸, o aquellos otros retirados de la vida activa que, por determinadas circunstancias, ya sea no haber cotizado lo suficiente al sistema público y obligatorio o no pertenecer a su campo de aplicación, no tienen derecho a la pensión pública¹⁸²⁹.

Cabe pensar, en estos casos, que las exigencias antes apuntadas de que el partícipe haya cesado en la actividad y no se encuentre cotizando resultan determinantes a los efectos del reconocimiento del derecho al cobro de la prestación del plan, pero no para el mantenimiento del mismo. Es decir, si el partícipe decidiera iniciar o reanudar la actividad laboral o profesional, una vez ha accedido a la prestación del plan, habría que admitir que esta situación no tiene efecto alguno (suspensivo) respecto del abono de la misma¹⁸³⁰. Incluso, en esa situación, resultaría posible que el beneficiario del plan pudiera acogerse como partícipe para la contingencia de jubilación a un plan de pensiones del sistema de empleo suscrito con ocasión de la nueva actividad, pues en ese caso y conforme a lo previsto en el último párrafo del art. 11.2 RFPF, podría seguir realizando aportaciones a aquella contingencia.

b) La vía excepcional de acceso a la jubilación: la disposición anticipada de la prestación

Como segunda opción, el sistema legal de los planes de pensiones permite que se pueda anticipar la percepción de la prestación correspondiente a la jubilación en dos supuestos muy concretos, los cuáles son objeto de desarrollo reglamentario (art. 8 RFPF), y a los que nos referiremos a continuación. Antes, convendría volver a insistir en un aspecto que ya se comentó en otro lugar, a saber, la delimitación entre el derecho de cobro anticipado de la prestación y el derecho de disposición o la liquidez de los derechos consolidados. En la práctica, ambas situaciones

¹⁸²⁸ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 320.

¹⁸²⁹ ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.; BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, pp. 162-163.

¹⁸³⁰ ORELLANA CANO, A. M.ª: “La jubilación en los Planes...”, *op. cit.*, p. 52.

pueden resultar similares, ya que cuando el partícipe hace efectivos sus derechos consolidados no sólo pueden devengarse mediante una cantidad a tanto alzado (el caso, por ejemplo, de las prestaciones del plan en forma de capital), sino también mediante pagos sucesivos (algo, por cierto, a lo que hoy ya no se refiere el RFPF) en tanto se mantengan las situaciones que dan derecho al mismo, por lo que sería también difícil la diferencia con las prestaciones del plan percibidas en forma de renta¹⁸³¹. Aún así, cabe distinguir ambos supuestos a partir de la distinta configuración que la normativa realiza de los mismos, por cuanto, en el caso del rescate de los derechos consolidados, estaríamos ante una vía de acceso a la adquisición y disposición de los mismos y no de la prestación, antes de que se materialice el hecho causante de ésta, mientras que en el supuesto del cobro anticipado de la prestación nos encontraríamos ante un cauce excepcional de disfrute de la prestación del plan, pero no de los derechos consolidados¹⁸³². En el primer caso, el partícipe puede seguir manteniendo su titularidad si no procede a retirar la totalidad de los derechos económicos correspondientes, lo que no puede ocurrir en el caso del acceso a la prestación que, como se sabe, vendría referida a una situación jurídica ya agotada¹⁸³³.

Establecida esta distinción, momento es de pasar al análisis de los supuestos legales de disposición anticipada de la prestación del plan correspondiente a la jubilación: el primero, al que se refiere el último inciso del párrafo 2º del art. 8.6.a) TRLRFP, en el que el partícipe del plan va a poder optar a aquélla a partir de los sesenta años; y, el segundo, previsto en el párrafo 3º del mismo precepto, en el que la percepción de la prestación del plan se hace depender de que el partícipe haya extinguido su relación laboral con el promotor y pase a una situación de desempleo a consecuencia de expediente de regulación de empleo.

En el primer caso, y al igual que en el supuesto antes comentado en que no era posible el acceso a la jubilación una vez alcanzada la edad de jubilación, estaríamos del mismo modo ante aquella situación del partícipe en la que tampoco tiene derecho a la pensión pública correspondiente, lo que ocurre es que, de forma excepcional y a partir de los 60 años, se le otorga la facultad de poder disponer anticipadamente de la prestación del plan. Como es lógico, del hecho de que no pueda acceder a la prestación del sistema público y obligatorio de protección se deduce la necesidad de que concurra en el partícipe una serie de circunstancias, las cuáles se encarga de establecer el art. 8.1 RFPF: la primera, que haya cesado en toda actividad determinante del alta en la Seguridad Social, sin perjuicio de que,

¹⁸³¹ ORELLANA CANO, A. M.^a: “Contingencias protegidas y prestaciones de los compromisos...”, *op. cit.*, p. 204.

¹⁸³² *Ibidem*, p. 203. Por el contrario, para SUÁREZ CORUJO “el anticipo de la prestación a partir de los 60 años constituye, en puridad, un supuesto excepcional de liquidez” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 321).

¹⁸³³ Cabe recordar aquí la doctrina sentada por la STSJ Madrid 23 septiembre 1994 (*AS* 1994, 3633).

en su caso, continúe asimilado al alta en algún régimen de Seguridad Social; y, la segunda, que en el momento de solicitar la disposición anticipada no reúna todavía los requisitos para la obtención de la prestación de jubilación en el régimen de la Seguridad Social correspondiente. Queda claro, por tanto, que nada impide que el partícipe pueda cobrar anticipadamente la prestación del plan y estar en una situación asimilada al alta, como puede ser la del sujeto desempleado que mantiene su cotización a la Seguridad Social (por ejemplo, el perceptor de subsidio de desempleo para mayores de 52 años o el desempleado con convenio especial de la Seguridad Social). Ahora bien, lo que no sería posible, a nuestro juicio, conforme a la letra b) del art. 8.1 RFPF y según lo comentado anteriormente, es que el partícipe hubiera causado derecho a la pensión pública de jubilación, en este caso anticipada¹⁸³⁴. Por último, hay que advertir que depende del plan el que se puede anticipar el cobro de la prestación de jubilación, puesto que el art. 8.1, párrafo 1º RFPF exige que las especificaciones lo prevean de forma expresa.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que con anterioridad al actual TRLPFP (RDLeg 1/2002), el ya derogado art. 16 RD 1589/1999 reconocía una prestación equivalente a la jubilación en el supuesto de que el partícipe no pudiera acceder a la contingencia de jubilación, siendo preciso que no continuara desempeñando actividad alguna o simplemente hubiera cesado en su puesto de trabajo y tuviera cumplidos 60 años. De ahí que algunos reglamentos de planes de pensiones admitieran esta prestación en los supuestos de trabajadores que hubieran visto extinguida su relación laboral con el promotor como consecuencia de su inclusión en programas de adecuación de plantilla o de desvinculación definitiva acordados por la negociación colectiva¹⁸³⁵ o simplemente, cumplidos los requisitos anteriores, se alcanzara la edad señalada de 60 años¹⁸³⁶. Con la reforma operada, que, como se ve, parece que no es de tanta envergadura, puesto

¹⁸³⁴ Por el contrario, para ARADILLA MARQUÉS, BLASCO LAHOZ y LÓPEZ GANDÍA el partícipe podría “acceder a la protección del plan, respetando su voluntad de no solicitar, aún pudiendo hacerlo, la pensión pública de jubilación anticipada” (“Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, p.163).

¹⁸³⁵ Art. 27.1.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Octubre 2000) y art. 18 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Banco de España* (11 Diciembre 2001). O, simplemente, de acceso a la jubilación de forma voluntaria en virtud de acuerdos individuales. Ejemplo de ello es el art. 29 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA* que admite el derecho del partícipe a la jubilación voluntaria, siempre que tenga más de 60 años de edad y que, o bien, padezca una enfermedad grave cuya naturaleza le impida la asistencia al trabajo con asiduidad o que lleve 40 años de servicios efectivos en la profesión o 35 en la empresa.

¹⁸³⁶ Así, el art. 28 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002); art. 21.c) del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Prensa Española, S.A.*; art. 42.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Realía Business, S.A.* (Noviembre 2000); art. 38.a) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Alcatel España, S.A.* (1 Enero 2001); art. 21.c) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Mahou, S.A.* (Agosto 2001); art. 36 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Polestar Heliocolor* (13 Junio 2001) y art. 24.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Oncepensión I* (29 Octubre 1999).

que se siguen exigiendo los mismos requisitos que con anterioridad, ya sea el no ejercer o cesar en toda actividad determinante del alta en la Seguridad Social, el que no sea posible el acceso del partícipe a la jubilación o el cumplimiento de la edad correspondiente, admitiéndose el que sea a partir de los 60 años, cabe pensar que los reglamentos de planes de pensiones van a poder mantener la citada prestación equivalente en favor de los partícipes que tengan 60 años, en los términos y bajo las condiciones descritas. En todo caso, será necesario modificar el contenido de las especificaciones del plan al objeto de incorporar la previsión del art. 8.6.a) TRLPFP acerca del acaecimiento de la contingencia de jubilación al alcanzar los 65 años y cumplir con los requerimientos comentados¹⁸³⁷.

Por último, hay que referirse al segundo de los supuestos de cobro anticipado de la prestación del plan, en concreto, aquél que las especificaciones de los planes de pensiones también pueden prever “en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo a consecuencia de expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral” [arts. 8.6.a), párrafo 3º TRLPFP y 8.2 RFPF]. Desde luego, esta posibilidad de acceso prematuro a la prestación del plan parece relacionarse con los supuestos, sobradamente conocidos, de prejubilación, que pueden ser, por tanto, cubiertos a través de un plan de pensiones. Su inclusión en el plan puede atender, sin duda, a facilitar una solución consensuada que sirva para conciliar intereses comunes entre empleadores y trabajadores, pero no deja de suscitar, desde una perspectiva global, notables problemas, no ya tanto (o no sólo) de financiación a medio y largo plazo, sino también de política social¹⁸³⁸. Y es que cabe pensar que en estos casos queda relegada a un segundo plano su condición de instrumentos de ahorro finalista, consistente en proporcionar pensiones a la población retirada a causa de la vejez, haciéndose prevalecer una función extraña a su naturaleza, como es, la de servir como mecanismo de ajuste o reestructuración empresarial.

En todo caso, se trata de la previsión legal que más cambios ha sufrido con respecto a la regulación contenida en el anterior art. 16.1.a) RD 1307/1988. En primer lugar, porque el art. 8.6 TRLPFP ya no alude, como se hacía antes, a los supuestos de suspensión de la relación laboral a efectos

¹⁸³⁷ Cabe pensar que el mantenimiento de la prestación equivalente a la jubilación a partir de los 60 años se admite con independencia de que se entienda producida la contingencia de jubilación a partir de la edad ordinaria de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social y en el supuesto de que el partícipe cese en la actividad y no se encuentre cotizando para la contingencia de jubilación para ningún Régimen de la Seguridad Social. *Vid.*, al respecto, el art. 17.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones Bridgestone Firestone Hispania*. Por otra parte, la disp. trans. 2ª TRLPFP incorpora un plazo de solicitud para el supuesto del partícipe que ha alcanzado la edad pensionable a 1 de enero de 2002 pero no pueda acceder a la pensión de jubilación pública. Encontrándose en esta situación el partícipe de un Plan deberá comunicar la forma de cobro de la prestación correspondiente en el plazo de seis meses contados desde el 1 de enero de 2002.

¹⁸³⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 304.

del pago de la prestación. En segundo lugar, porque se hace mención expresa de un tipo concreto de supuesto de desempleo, cuál es el que tiene su causa en el art. 51 ET y que da lugar a un expediente de regulación de empleo. Y, por último, por cuanto se hace desaparecer el límite de los 52 años. Este último aspecto es el más criticable, dado que al no condicionar estrictamente la contingencia a una edad, se puede producir una clara discordancia entre la acción protectora privada y la del sistema público¹⁸³⁹.

Se trata, en suma, de modificaciones que se tienen que hacer sentir en los reglamentos de planes de pensiones dado que éstos ya no podrán acordar el pago de prestaciones de jubilación bajo las condiciones previstas en el art. 16.1.a) RD 1307/1988. Piénsese que un número importante de especificaciones de planes incorporaba entre las situaciones asimilables a la jubilación¹⁸⁴⁰ supuestos que en la actualidad no son admisibles con respecto a lo previsto en el art. 8.6 TRLPFP. Así, no se podrá reconocer una prestación de jubilación al amparo del párrafo 3º del art. 8.6 TRLPFP cuando el partícipe acredite la extinción o suspensión de la relación laboral con la entidad promotora en virtud de despido calificado conforme al art. 52.c) ET, ni tampoco como consecuencia de programas colectivos de extinción o de suspensión de la relación de empleo aceptados en negociación colectiva. En todo caso, habrá que admitir la posibilidad de que estos supuestos se sigan asumiendo por los planes a través de la opción de la prestación equivalente de jubilación.

B) La incapacidad laboral permanente

Los sujetos constituyentes de un plan pueden incorporar al mismo la incapacidad permanente del partícipe como situación protegida. El art. 8.6.b) TRLPFP alude a esta contingencia diferenciando los supuestos de la incapacidad permanente total para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo, y la gran invalidez, determinadas todas ellas conforme al Régimen correspondiente de Seguridad Social. De nuevo aquí, al igual que ocurre con la contingencia de jubilación, encontramos una remisión a la normativa de la rama pública de pensiones para la determinación del hecho causante de la prestación; lo que no siempre ha sido así -se produce con ocasión de la reforma del RFPF realizada por el

¹⁸³⁹ *Ibidem*, p. 305.

¹⁸⁴⁰ Así, el art. 21.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Mahou, S.A.* (Agosto 2001) reconocía como situación asimilable a la jubilación la situación del partícipe que acredite acumulativamente, (1) la extinción o suspensión de su relación laboral de empleo con la Empresa Promotora en virtud de despido colectivo o individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, así como a consecuencia de programas colectivos de extinción o de suspensión de la relación de empleo, sean temporales, indefinidos o coyunturales, siempre y cuando dichos programas resulten aceptados en negociación colectiva; (2) cuente con cincuenta y dos años cumplidos; (3) pase a la situación de desempleo y (4) se inscriba como tal en el Instituto Nacional de Empleo. En idénticos términos, art. 24.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Oncepensión I* (29 Octubre 1999), art. 51.4 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Agribands Europe-España, S.A.* y art. 19.1.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de "J. García Carrión, S.A."*.

RD 1589/1999-, ya que con anterioridad correspondía su definición a las especificaciones del plan. Es más, esta nula vinculación de los planes a los términos propios de la Seguridad Social en materia de incapacidad permanente se remonta a la propia LPFP, que en su primera versión no contemplaba la protección por gran invalidez. Habrá que esperar hasta la aprobación de la LOSSP (Ley 30/1995) para que se reconozca expresamente como una modalidad más de incapacidad, al objeto de su posible cobertura en un plan de pensiones¹⁸⁴¹.

En la actualidad, esta circunstancia, junto con el hecho de que la determinación de la contingencia se vincule a lo establecido en el Régimen de Seguridad Social correspondiente, favorece un mayor acercamiento en esta materia entre la acción protectora pública y la privada proporcionada por los planes. Ello conlleva, como se ha dicho, que la determinación de estas situaciones de incapacidad toma como referencia los requerimientos propios del Régimen de la Seguridad Social que resulte de aplicación, lo que significa, a su vez, que una vez reconocida por la Entidad Gestora competente la incapacidad permanente en alguno de los grados señalados, automáticamente procede el reconocimiento del derecho a la correspondiente prestación del plan. Pero, al mismo tiempo, ello supone que las especificaciones del plan no puedan establecer condiciones o limitaciones a lo preceptuado por la normativa pública de protección en cuanto a la definición de las contingencias. Esto es especialmente significativo, porque si la referencia al sistema público de Seguridad Social se interpreta únicamente en el sentido antes indicado, esto es, a los efectos de dar un contenido conceptual a cada uno de los grados de incapacidad protegidos, cabe pensar en la posibilidad de que el partícipe pueda acceder siempre a la prestación del plan, una vez efectuado el reconocimiento de la incapacidad, al margen de que el sujeto beneficiario tenga o no derecho a la correspondiente pensión pública. De este modo, los partícipes que no reúnan la carencia necesaria para acceder a la protección pública, sí podrían hacerlo para el caso de las prestaciones del plan e, incluso, esta opción sería trasladable para aquéllos que no estén incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social y que pueden encontrarse en una verdadera situación de necesidad¹⁸⁴². Por el contrario, si se considera que la remisión a la

¹⁸⁴¹ Para ORELLANA CANO el que no se incluyera la gran invalidez en la redacción originaria de la Ley 8/1987 podía obedecer a dos tipos de razones: la primera, que al constituir aquélla una modalidad más de la incapacidad permanente absoluta, se omitiera en la redacción inicial; la segunda, que simplemente se tratara de un olvido involuntario del legislador (“Contingencias protegidas y prestaciones de los compromisos...”, *op. cit.*, p. 196). Sea como fuere, lo cierto es que se podían encontrar especificaciones de planes de pensiones que no la incorporaron expresamente. Como ejemplos, las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Bat España, S.A.* (20 Diciembre 1994); el *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo de Asland, Sociedad Anónima*; el *Reglamento del Plan de Pensiones de Alcón* y el *Reglamento del Plan de Pensiones de B.N.P. España, S.A.*

¹⁸⁴² ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, pp. 164-165.

normativa pública de protección contemplada en el art. 8.6.b) LPFP no se refiere únicamente a la calificación de la incapacidad sino que también se vincula al resto de requisitos determinantes del acceso a la pensión pública (condición del sujeto y períodos previos de cotización), en ese caso, como es lógico, no bastaría solamente con la declaración de la incapacidad para tener derecho a la prestación del plan. A nuestro juicio, y teniendo en cuenta el tenor literal del art. 8.6.b) LPFP, cabría postular la primera de las opciones señaladas, dado que a diferencia de la situación de jubilación, en la de incapacidad permanente no se da solución a la situación del partícipe que, ostentando el grado de incapacidad protegido por el plan, no puede acceder a la prestación correspondiente de Seguridad Social, sea cual fuere la causa¹⁸⁴³. En suma, cabría sostener que en el ámbito de los planes lo determinante es el reconocimiento del pase a la situación de incapacidad en cualquiera de los grados.

Por tanto, entendemos que para causar derecho a la prestación por invalidez permanente de un plan bastará con que se de la declaración de la situación constitutiva de incapacidad en el grado correspondiente. Teniendo en cuenta, además, lo siguiente: primero, que resulta indiferente que la invalidez derive de una enfermedad o accidente, es decir, da igual cuál sea su causa determinante¹⁸⁴⁴; y, segundo, que parece necesario que el pase a aquella situación deba tener como efecto la extinción de la relación laboral con el promotor¹⁸⁴⁵. Esto último no es una cuestión baladí, ya que habría que tener en cuenta lo previsto en el art. 48.2 ET con respecto a la posibilidad de que, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo. En tal caso, subsiste la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente. En consecuencia, habría que pensar que en tal situación el partícipe adquiere la categoría de partícipe en suspenso. En cualquier caso, y a favor de la interpretación apuntada, hay que resaltar que en todo momento el legislador parece estar pensando en todos aquellos supuestos contemplados en la Seguridad Social

¹⁸⁴³ En la misma línea, ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.; BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al art. 4.1.b)...”, *op. cit.*, p.165.

¹⁸⁴⁴ Y es que “el riesgo de invalidez, en las distintas modalidades contempladas, viene considerado de una forma genérica, esto es, sin alusión alguna a la causa a la que pueda obedecer”. VV. AA.: *Previsión social...*, *op. cit.*, p. 159.

¹⁸⁴⁵ Esta es, por lo demás, la solución que acogen gran parte de las especificaciones de los planes de pensiones. Así, como ejemplos, podemos encontrar el *Reglamento del Plan de Pensiones de Mahou, S.A.* (23 febrero 2005) al exigir necesariamente la extinción de la relación laboral del partícipe para el supuesto de la incapacidad permanente total para la profesión habitual [párrafo 2º del art. 21.c)]. En la misma línea, el art. 30 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (noviembre 2002) que establece que “el hecho causante de esta prestación es la invalidez permanente del partícipe, cualquiera que sea su causa determinante y siempre que de lugar a la extinción de la relación laboral con el promotor (...)”.

que tienen como consecuencia la extinción de la relación laboral del partícipe, de ahí que resulte justificado que el plan no contemple el pago de la prestación de incapacidad permanente en el caso citado, con efectos únicamente suspensivos, lo que, por lo demás, resulta congruente con la exclusión de la incapacidad permanente parcial; una limitación que, además, vendría paliada por el reconocimiento legal del derecho del partícipe de acceder a sus derechos consolidados en el supuesto de enfermedad grave¹⁸⁴⁶.

C) Prestaciones por fallecimiento

Finalmente, la tercera contingencia susceptible de protección es la que tiene lugar como consecuencia de la muerte del partícipe o del beneficiario. La integración de esta situación en las especificaciones de planes de pensiones conlleva la posibilidad de reconocer el derecho a una prestación de viudedad u orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas [art. 8.6.c) TRLPFP]. Tras el rechazo de la modificación operada por la disp. adic. 11ª LOSSP (Ley 30/1995) que únicamente atribuía al beneficiario que falleciese sin haber ostentado con anterioridad la condición de partícipe la posibilidad de generar prestaciones de viudedad u orfandad y no, por lo tanto, a favor de otros herederos o personas designadas, cabe sostener en la actualidad la equiparación de la regulación de estas prestaciones del partícipe y del beneficiario¹⁸⁴⁷. En ambos casos, pues, se podrá generar el derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas.

Precisamente, es en la prestación de fallecimiento donde los planes de pensiones pueden acercarse más a la función suplementaria que también se les atribuye con respecto a las prestaciones públicas, y ello porque en la determinación de esta contingencia no hay remisión alguna a la normativa de Seguridad Social, lo que supone, a su vez, que se reconozca al partícipe la libertad de designar a los sujetos beneficiarios de estas prestaciones¹⁸⁴⁸. Es en este último aspecto, ya reseñado más arriba, donde se ponen de manifiesto las notables diferencias existentes entre los reglamentos de planes de pensiones a la hora de definir los sujetos protegidos en esta prestación. Por tanto, cabe pensar que en relación a la viudedad no tienen porque operar los requisitos previstos en el art. 174 TRLGSS, ni tampoco

¹⁸⁴⁶ Para SUÁREZ CORUJO esta imposibilidad de que un plan prevea la protección de una situación de incapacidad permanente parcial “no se entiende bien cuando situaciones de enfermedad grave o desempleo de larga duración, por ejemplo, sí pueden generar el derecho a una prestación” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 323).

¹⁸⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 307.

¹⁸⁴⁸ Habrá que tener en cuenta que esta disponibilidad individual no podrá ser alterada por la negociación colectiva. Y ello porque la normativa de planes reconoce la posibilidad de ejercer aquélla a título individual en esta materia, conforme a los aptdos. 6.c) y 10 del art. 8 TRLPFP. *Vid.*, en este sentido, la STSJ Cataluña 8 septiembre 2005 (*AS* 2006, 3624) en la que se hace prevalecer la designación efectuada por el partícipe en testamento frente a lo previsto en el reglamento del plan acordado colectivamente.

lo preceptuado en el art. 175 del mismo cuerpo legal para el caso de la prestación de orfandad.

Desde luego, es aquí, en la delimitación de la contingencia de fallecimiento del partícipe o del beneficiario, donde la normativa de Seguridad Social debe entenderse a título subsidiario, esto es, como fuente de derecho supletorio, lo que implica que la aplicación de esta normativa sólo tendrá lugar ante una laguna o vacío normativo del reglamento del plan¹⁸⁴⁹. La situación, por el contrario, es sustancialmente distinta en los supuestos de incapacidad y jubilación, por cuanto la remisión a aquélla es directa y plena a efectos de la determinación de estas contingencias, sin perjuicio de que el plan pueda establecer determinadas especificaciones.

D) La dependencia: una nueva situación pensionable

Junto a las contingencias anteriormente mencionadas, existe un nuevo ámbito de actuación de los planes en materia de protección social. Nos referimos a las situaciones de dependencia que, conforme a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹⁸⁵⁰, se posibilita el que se lleven a cabo las modificaciones necesarias para regular la cobertura privada de aquéllas (aptado 1º, disp. adic. 7ª). De esta forma, y efectuadas las reformas oportunas en el ordenamiento legal de los planes¹⁸⁵¹, éstos resultan idóneos al objeto de ofrecer las prestaciones correspondientes en el marco de la dependencia.

De cualquier modo, se debe dejar anotado que el papel de la iniciativa privada en este ámbito no resulta extraño en nuestro país. De hecho, las primeras iniciativas en la cobertura del riesgo de la dependencia deben relacionarse con la actuación llevada a cabo en este sentido por el seguro privado¹⁸⁵². En cualquier caso, parece claro en la actualidad que la nueva orientación adoptada en la materia parte de una consideración básica, a saber, la de que un seguro público y universal de dependencia en el marco de la Seguridad Social es condición previa para el desarrollo de los instrumentos privados de protección¹⁸⁵³. De ahí que la función a desarrollar

¹⁸⁴⁹ Vid. la STSJ Madrid 22 febrero 2000 (AS 2000, 1556) que atribuye al plan una eficacia determinante en relación a la delimitación de la condición de beneficiario de la prestación de viudedad.

¹⁸⁵⁰ (BOE 15 diciembre 2006).

¹⁸⁵¹ A través, por cierto, de la Disposición final 5ª de la Ley 35/2006, de 29 de noviembre.

¹⁸⁵² Vid. MALDONADO MOLINA, J. A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 66.

¹⁸⁵³ Como ha indicado RODRÍGUEZ CABRERO existe un consenso básico en relación al papel residual que los seguros privados (también los planes de pensiones) deben tener en la cobertura de la dependencia. En definitiva, “existe coincidencia en que los seguros privados no son la respuesta institucional adecuada (...)” (*El Estado del Bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Madrid, Fundamentos, 2004, p. 250). Respecto del papel de lo privado en la definición del seguro de dependencia, véase MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: “La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, J. I. dirs. y Moreno Vida, M.ª N. y Vicente Palacio, A. coords.): *Comentario sistemático...*, op. cit., pp. 858-861.

por éstos deba circunscribirse al ámbito de la complementariedad en consonancia con la adopción de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia caracterizado por ofrecer un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la Administración General del Estado¹⁸⁵⁴.

En lo aquí interesa, esto es, la capacidad de los planes y fondos de pensiones para dar cobertura a las situaciones de dependencia, debe darse a esta cuestión una respuesta positiva, no sólo, como se verá, por los cambios normativos operados, sino también por las propias características técnicas que presenta este instrumento. De entrada, conviene anotar sobre esto último que los planes de pensiones son una técnica de previsión, como aquí se ha reiterado, en la medida en que tienen como finalidad la realización de una operación de provisión, de ahorro en el sentido técnico, para hacer frente a situaciones que se pueden dar en el futuro. Como cabe imaginar, esta finalidad previsora de la figura de los planes y fondos de pensiones resulta acorde, por tanto, con las necesidades de atención que en el futuro puedan presentar las personas dependientes, especialmente en colectivos de mayores. La operación de previsión que conlleva el plan de pensiones contribuye de forma clara a facilitar con la misma el coste de la cobertura de la dependencia. Máxime si lo que se pretende en todo momento es complementar las prestaciones económicas o de servicios dispensadas por sistema público de protección, esto es, por el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Precisamente, esta función complementaria o suplementaria a ejercer en el marco de la dependencia por los mecanismos de naturaleza jurídico-privada resulta especialmente propicia respecto de los planes de pensiones, dado que aquélla constituye uno de sus caracteres esenciales. Y así, pese a que se puede advertir una diversidad de posibles funciones a desarrollar por los planes de pensiones como mecanismos de previsión voluntarios, cabe reconocer, en general, su vinculación funcional al sistema público de Seguridad Social. Por tanto, no resulta descabellado reconocer la existencia de una relación de dependencia entre el sistema público y el voluntario –hoy claramente privatizado- con respecto al SAAD, en el que la mayor expansión y desarrollo del segundo dependa de la intensidad de protección/nivel de cobertura del primero. De hecho, cabe imaginar que con el discurrir del tiempo aquella relación intensifique el papel de los instrumentos de previsión voluntarios, entre ellos los planes, como técnicas de complementariedad o suplementariedad y no sustitubilidad de las prestaciones satisfechas por el sistema público.

¹⁸⁵⁴ Se descartaría, por tanto, la opción por una protección privada en exclusiva de la dependencia propugnada por el sector del seguro. *Vid.* un análisis de esta postura RIVERA SAGANTA, J.: “El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado de Bienestar”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 5, 2001, pp. 35-48.

Por lo demás, la idoneidad de los planes y fondos de pensiones como instrumentos privados de protección de las situaciones de dependencia se relaciona igualmente con el tipo de contingencias previstas en su marco regulador. Como se sabe, la jubilación, la incapacidad permanente y la muerte del partícipe y beneficiario son las contingencias por las que se satisfarán las prestaciones correspondientes. La simple enumeración de las mismas nos da una idea de la relación que éstas guardan con la dependencia. En el caso de la jubilación, por cuanto resulta hoy aceptado que la población que sufre diferentes situaciones de dependencia es mayoritariamente de edad avanzada. Ello da lugar a la existencia de una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio, como se sabe. Pero además, a esa situación, derivada del envejecimiento, debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, lo que se conectaría con la contingencia de incapacidad prevista en el régimen jurídico regulador de los planes. En fin, no cabe duda que las situaciones de dependencia pueden integrarse a la perfección en el esquema de protección proporcionado por los planes de pensiones.

Finalmente, respecto de la modalidad de percepción de las prestaciones se impone del mismo modo una valoración positiva de la capacidad de los planes de pensiones para articular la acción protectora de este nuevo riesgo social. Así, pese a que el art. 10.1 RFPF establece que las prestaciones de los planes sean dinerarias y desde la Ley 39/2006 se de prioridad a las prestaciones de servicios, esto último no puede ser un obstáculo a la intervención de los planes en dicho campo, ya que se admite igualmente el otorgamiento de prestaciones económicas que cubran el coste de la dependencia (art. 19 Ley 39/2006).

Por tanto, constatada la idoneidad de los planes de pensiones como instrumentos complementarios de previsión de las situaciones de dependencia, se hacía necesario, más pronto que tarde, una reforma de su régimen jurídico, dado que entre las contingencias objeto de protección por dichos mecanismos no se encontraban las situaciones de dependencia. Pues bien, respecto de esta cuestión se ha ocupado la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, posibilitando la actuación de los planes y fondos de pensiones en el campo de la dependencia. Y así, se añade una nueva letra d) al apartado 6º del art. 8 del TRLFPF incorporando la dependencia como una nueva situación pensionable. Lo que ocurre es que el legislador ha optado por restringir aquélla, estableciendo, en este sentido, una limitación, a saber, que tan sólo la dependencia severa o gran dependencia del partícipe, conforme a lo previsto en la Ley 39/2006, podrá ser objeto de cobertura por los planes privados de pensiones. En realidad, se trata de una solución coherente con el resto de contingencias previstas en la normativa legal,

especialmente respecto de la incapacidad, ya que también en este caso se elimina la posibilidad de que la incapacidad que tenga carácter parcial pueda ser objeto de aseguramiento a través de un plan.

3.2. Delimitación de las prestaciones: su tipología en atención a la forma de pago

De acuerdo con el art. 10.1 RPPF, las prestaciones se definen como el derecho económico en favor de los beneficiarios de un plan como resultado del acaecimiento de la contingencia correspondiente. Conforme a ello, se pueden destacar dos notas características de las prestaciones previstas en el plan: de un lado, que se trata de un derecho traducible en términos monetarios, siendo la propia norma reglamentaria la encargada de precisar este aspecto –las prestaciones tienen el carácter de dinerarias-; y, de otro, que sólo se harán efectivas cuando se produzca el hecho determinante para su abono, esto es, la contingencia prevista en el plan, ya que es en ese momento cuando queda cuantificado el contenido del derecho del partícipe, como resultado del proceso de capitalización desarrollado por el plan de aportación, pues la contingencia constituye el vencimiento¹⁸⁵⁵. Ello supone que no quepa calificar como prestación a los supuestos excepcionales de liquidez antes mencionados, puesto que en tales casos la disposición anticipada de los recursos de la cuenta de posición del partícipe no es fruto de la materialización del hecho causante previsto para el disfrute de aquélla.

Dicho esto, la norma legal habilita a la autonomía contractual a precisar los siguientes aspectos de las prestaciones previstas en el plan [art. 6.1.e) TRLPPF]: primero, la forma de cobro de éstas y sus modalidades, teniendo en cuenta que podrán ser en forma de capital, renta o la combinación de ambas; segundo, las normas para determinar su cuantía y vencimientos (art. 10.2 RPPF); y, tercero, si corresponde al beneficiario el derecho a optar por alguna de las formas de cobro previstas o no cabe tal facultad y, en su caso, si las prestaciones son o no revalorizables y sus posibles reversiones y el grado de aseguramiento o garantía (art. 10.2 RPPF).

Con respecto a la primera de las cuestiones, esto es, la forma de cobro de las prestaciones, corresponderá a los reglamentos de planes de pensiones su reconocimiento, teniendo en cuenta que podrán ser:

a) *En forma de capital total*, que consiste en la percepción de la totalidad de la prestación en un pago único. En este caso, el beneficiario podrá elegir entre el pago inmediato del capital o diferir el pago a un momento posterior. En este último caso, el partícipe deberá establecer el

¹⁸⁵⁵ Vid. STS Cont.-Adm. 4 julio 2001 (RJ2001, 6162)

mes y el año en que desea cobrar el capital. Hay que hacer notar que en razón de una misma contingencia, el beneficiario sólo podrá obtener de cada plan de pensiones una única prestación de esta modalidad. Finalmente, si llegado el vencimiento, el beneficiario se opone al cobro del capital, o no señalase medio de pago, la entidad gestora depositará su importe en una entidad de crédito a su disposición, entendiéndose así satisfecha la prestación a cargo del plan de pensiones [último párrafo del art. 10.1.a) RPPF].

b) *En forma de renta*: que consiste en la percepción de dos o más pagos sucesivos con periodicidad regular siendo al menos un pago en cada anualidad. La percepción en forma renta podrá concretarse en alguna de las siguientes modalidades: 1) *Renta financiera*, que consiste en la percepción de la prestación en forma de pagos periódicos a partir de la fecha que libremente elija el beneficiario (inmediata o diferida), que se mantendrá hasta el agotamiento del derecho económico. La cuantía de la renta financiera podrá ser constante o variable, en función de algún índice – normalmente el Índice de Precios al Consumo- o cualquier otro porcentaje de referencia predeterminado [art. 10.1.b) RPPF]. Al beneficiario le corresponde concretar todos los elementos necesarios para definir la renta, indicando: cantidad anual a percibir, número de pagos anuales (mensual, trimestral, semestral o un único pago anual), mes y año en el que desea iniciar el cobro de la renta y si es renta constante (es decir, todos los años la misma cantidad), o bien si es renta creciente, indicando en este caso el porcentaje de crecimiento anual de la prestación elegido por el beneficiario. 2) *Renta asegurada*, que supone que la cuantía a cobrar queda asegurada mediante la suscripción de una póliza de seguro con una entidad aseguradora cuya cuantía viene determinada por el valor de los derechos consolidados del partícipe en el momento del devengo de la prestación.

c) *En forma de prestaciones mixtas*: que supone que el beneficiario pueda optar por percibir sus derechos económicos en cualquiera de las modalidades de renta anteriores con único pago en forma de capital [art. 10.1.c) RPPF].

Una vez concretadas las formas de pago de las prestaciones previstas en el plan no cabe descartar que se establezcan reglas relativas al modo de disfrute de las mismas, especialmente con respecto a la capacidad de elección del beneficiario. Y así, dado el margen de disponibilidad del plan en este punto, cabe imaginar las siguientes soluciones: primero, que se reconozca al beneficiario la potestad de decidir acerca de la modalidad de pago¹⁸⁵⁶; segundo, que se condicione dicha facultad en función de la

¹⁸⁵⁶ A favor, art. 32 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002); art. 37.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del*

prestación, es decir, que las especificaciones del plan contemplen para cada tipo de pensión una única forma de cobro¹⁸⁵⁷ o, incluso, que se establezca para todas una única modalidad habitual de pago¹⁸⁵⁸; y, tercero, que dicha elección se vea limitada por la baja cuantía de la prestación, de manera que sea la comisión de control la que resuelva que la pensión a abonar consista en el pago de una sola vez del importe del capital¹⁸⁵⁹. Hay que tener en cuenta que la elección de cualquiera de estas formas de cobro es una cuestión de suma importancia, y ello por el tratamiento fiscal que reciben las percepciones de una u otra modalidad y, asimismo, por las implicaciones personales a que dan lugar también las diferentes formas de cobro¹⁸⁶⁰.

En segundo lugar, esta disponibilidad contractual de los planes también puede hacerse notar en las diferentes reglas de cuantificación de las prestaciones que los mismos pueden eventualmente adoptar. Y así, no cabe descartar que haya planes de pensiones que hagan depender una mayor prestación de las aportaciones voluntarias que haya podido realizar el partícipe¹⁸⁶¹, lo que como es lógico favorecerá a aquellos que tengan una mayor capacidad de ahorro. Igualmente, no resultaría extraño encontrar reglamentos en los que la cuantía de la prestación de incapacidad, en sus

Ayuntamiento de Béjar; art. 38 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Polestar Heliocolor* (13 Junio 2001); art. 37.1 del *Reglamento de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Emtusa* y del *Reglamento de las Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.*; art. 20 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Bestfoods España, S.A.* (16 Septiembre 1998); art. 26 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Universidad de Cádiz* y art. 32 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Grupo Hidrocantábrico*.

¹⁸⁵⁷ Por ejemplo, el art. 38.4 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano* (29 Mayo 2000) tan sólo admite como forma de percepción para la prestación de jubilación de los Colectivos 1 y 2 una renta vitalicia mensual, postpagable y no revalorizable. Por su parte, el art. 35.3.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de CajaCanarias* prevé un pago único de capital para la prestación de jubilación del Subplán 2.

¹⁸⁵⁸ En concreto, el *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Aragón, S.A.* y el *Reglamento del Plan de Pensiones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A.* adoptan como forma habitual de percepción del conjunto de las prestaciones reconocidas en el Plan la modalidad de capital único.

¹⁸⁵⁹ Así se reconoce en el art. 18 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Cementos Especiales de las Islas, S.A.* También se admite esta limitación en las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002) que en su art. 23.1 concreta el importe de la cantidad por debajo de la cual se impondrá el pago en la forma de capital. Del mismo modo, el art. 29 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Térmicas del Besós* (27 Julio 1998) niega la posibilidad de que las prestaciones reconocidas en el Plan puedan pagarse en forma de renta cuando aquellas prestaciones no posibiliten el pago de una renta anual superior a sesenta mil pesetas.

¹⁸⁶⁰ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 326.

¹⁸⁶¹ Así, de acuerdo con el art. 39 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.* (9 Julio 2001) se reconocen tres tipos de prestaciones para las contingencias de invalidez y fallecimiento: prestación básica, mínima y mejorada. La cuantía de esta última se hace depender de las aportaciones voluntarias realizadas por el partícipe. También, el art. 55 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S.A.* (1 Enero 2001) prevé prestaciones adicionales resultado de las aportaciones voluntarias realizadas al Plan.

diferentes grados, se hiciera depender del hecho causante de la misma¹⁸⁶². A este respecto, cabe recordar las diferencias apuntadas entre los planes de aportación definida y los de prestación definida, diferencias que se trasladan al modo de hacerse efectivos los derechos consolidados una vez se ha actualizado la contingencia correspondiente.

Finalmente, también a los planes les corresponde precisar otros tres aspectos de indudable trascendencia, a saber, la posibilidad de que se contemple o no la revalorización de las prestaciones¹⁸⁶³, el que éstas admitan reversiones¹⁸⁶⁴ y algún tipo de aseguramiento y, por último, el que se permita la anticipación de vencimientos¹⁸⁶⁵ (art. 10.5 RFPF). Como es fácil colegir, no se trata de cuestiones menores, puesto que todas ellas tienen especial incidencia en lo que a la protección dispensada por el plan se refiere. Sea como fuere, lo cierto es que se caracterizan todos estos asuntos por el tratamiento tan dispar otorgado por los planes, lo que, en modo alguno, contribuye a dotar a estos mecanismos privados de previsión de una mínima y deseable uniformidad protectora.

¹⁸⁶² De manera que se incrementa la prestación como consecuencia de que la invalidez tenga su origen en un accidente de trabajo o enfermedad profesional [art. 24 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Productos Roche*; art. 29.1.3) del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Central Nuclear Almaraz, A.I.E.* y art. 19.3 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Torraspapel, S.A.*]. Incluso, se establece un cálculo diferenciado para la invalidez sobrevenida como consecuencia de accidente de trabajo por “violencia físicas ejercidas sobre el partícipe” (art. 42.3 de las *Especificaciones del Monte Plan de Pensiones Empleados*).

¹⁸⁶³ El art. 17 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para la Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.A.* (24 Abril 1997) excluye la posibilidad de que las prestaciones en forma de pensión sean revalorizables. Por su parte, el art. 5.9 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Amylum Ibérica* (20 Octubre 1998) tampoco contempla tasa de revalorización alguna, salvo en el supuesto de que existan excedentes en el plan en cuyo caso se destinarán a revalorizar las pensiones en curso de pago. Por otro lado, el art. 29.1.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (febrero 2005) prevé que el beneficiario de una prestación en forma de renta financiera diferida o en curso de pago, constante o variable, pueda solicitar, mediante la cumplimentación del impreso correspondiente, la revisión de la renta determinada inicialmente, estableciendo un porcentaje de revalorización de la renta si ésta fuera constante o predeterminando el nuevo porcentaje de crecimiento que deberá aplicarse, si se tratase de renta variable. Estas revisiones sólo podrán solicitarse una vez al año y tendrá efectos a partir del 1 de enero del año siguiente, pudiendo referirse, a elección del interesado, el ejercicio inmediatamente siguiente o de forma permanente para ejercicios sucesivos, entendiéndose, a falta de designación expresa, que la revisión es solo para el ejercicio inmediatamente siguiente en las constantes y para todos los ejercicios sucesivos en las crecientes. En este sentido, el art. 40 del *Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A.* tan sólo admite la revalorización para las rentas garantizadas de jubilación a percibir del Plan de Pensiones y siempre que el beneficiario lo manifieste con anterioridad al inicio de la percepción.

¹⁸⁶⁴ Así, el reconocimiento de la reversión de la renta a otros beneficiarios es una cuestión que queda en manos de las especificaciones del plan [art. 10.1.b), párrafo 3º RFPF], lo que supone que, en ocasiones, no encontremos una mención expresa de tal posibilidad (*Plan de Pensiones Oncepensión I, Reglamento del Plan de Pensiones de los Trabajadores del Ente Público Radio televisión Española* y *Reglamento del Plan de Pensiones Deutsche Bank*) o, incluso, que se circunscriba a determinado tipo de rentas (art. 44.10 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* y art. 41.2.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.*).

¹⁸⁶⁵ Sobre esta cuestión el art. 29 Ter del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (febrero 2005) establece en qué casos el beneficiario de una prestación diferida o en curso de pago puede solicitar la anticipación de vencimientos y cuantías inicialmente previstos. También, el art. 32 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002).

3.3. El proceso de reconocimiento de la prestación

El efectivo reconocimiento del derecho a la prestación exige del cumplimiento de una serie de trámites procedimentales, los cuáles se desarrollan en el apartado 3° del art. 10 RFPF. Se trata de aspectos formales que pasan por la necesidad de que el beneficiario comunique la producción del hecho causante de la prestación correspondiente, presentando la documentación necesaria, hasta la notificación de la cuantía de la prestación. En el primer caso, quién activa todo el proceso es el propio beneficiario, puesto que a él le incumbe, directamente o por representante legal, informar del acaecimiento de la contingencia. Así, deberá comunicarlo, señalando en su caso la forma elegida para el cobro de la prestación, y presentar la documentación acreditativa que proceda, según lo previsto en las especificaciones. El plazo previsto en aquéllas para efectuar tal comunicación no podrá ser superior a seis meses desde que se hubiera producido la contingencia o desde su reconocimiento por la autoridad u organismo correspondiente. En el caso de fallecimiento, el plazo se contará desde que el beneficiario o su representante legal tuviesen conocimiento de la muerte del causante y de su designación como beneficiario, o desde que pueda acreditar su condición por disposición testamentaria u otros medios (párrafos 2° y 3° del art. 10.3 RFPF).

Esta cuestión, es decir, el hecho de que corresponda al partícipe el deber de determinar el momento en que debe recibir la prestación y en qué forma, plantea no pocos inconvenientes, dado que es al beneficiario al que se le conmina en el plazo que determine el plan –no más allá de seis meses– a decidirse sobre una de las diferentes formas de percepción de la prestación, sin poder valorar la utilidad que le reporta cada una de ellas¹⁸⁶⁶. Se trata de una cuestión que fue resuelta por la Sección 3ª del Tribunal Supremo¹⁸⁶⁷ como consecuencia de la impugnación planteada por la Organización de Consumidores y Usuarios con respecto al RD 1589/1999, de 15 de octubre. Y así, se entendió por este Tribunal que el establecimiento de un plazo máximo de seis meses para tomar la decisión por el beneficiario venía a constituir un período de tiempo razonable dado que no puede jugar en la determinación del momento del cobro de la prestación la autonomía de la voluntad de los sujetos intervinientes, alterando a su libre arbitrio el “dies a quo”, pues éste viene señalado por la Ley. Además, teniendo en cuenta que al plan se ligan una serie de consecuencias de índole fiscal y financiero, está plenamente justificado que

¹⁸⁶⁶ En todo caso, conviene aclarar que si se produjese un retraso en la comunicación del acaecimiento de la contingencia por parte del beneficiario por encima del plazo previsto en la norma no dará lugar a la pérdida del derecho a la prestación, ello sin perjuicio de la sanción administrativa correspondiente (art. 10.3, párrafo 2° RFPF).

¹⁸⁶⁷ STS Cont.-Adm. 4 Julio 2001 (RJ2001, 6162).

se haga desaparecer la incertidumbre que generaría el permitir “sine die” la opción entre la percepción de capital o renta.

En lo que respecta al reconocimiento de la prestación, éste deberá ser notificado al beneficiario mediante escrito firmado por la entidad gestora, dentro del plazo máximo de quince días hábiles desde la presentación de la documentación correspondiente, indicándole la forma, modalidad y cuantía de la prestación, periodicidad y vencimientos, formas de revalorización, posibles reversiones y grado de aseguramiento o garantía, informando, en su caso, del riesgo a cargo del beneficiario, y demás elementos definitorios de la prestación, según lo previsto en las especificaciones o de acuerdo a la opción señalada por aquél. Si se tratase de un capital inmediato, deberá ser abonado al beneficiario dentro del plazo máximo de siete días hábiles desde que éste presentase la documentación correspondiente (art. 10.4 RFPF).

Por otra parte, la disparidad vuelve a ser un rasgo predominante de los planes a la hora de determinar el órgano encargado de reconocer el derecho a la prestación del beneficiario. Aún cuando el art. 10.4 RFPF es claro al afirmar que tal reconocimiento debe ser notificado mediante escrito firmado por la entidad gestora, sin embargo no se concreta el órgano encargado de realizar las actuaciones necesarias encaminadas al reconocimiento y efectividad de la prestación, pudiendo asumir esa función tanto la comisión de control del plan, como las entidades gestora, depositaria o promotora del mismo, según lo previsto en las especificaciones (párrafo 4º del art. 10.3 RFPF). En la práctica, los reglamentos de planes se han decantado por dos opciones: la más habitual, consistente en reconocer a la entidad gestora la competencia para examinar la documentación y determinar el reconocimiento o no de la prestación, asumiendo la comisión de control el papel de mera receptora de la solicitud¹⁸⁶⁸ o bien, otorgar a la comisión de control del plan la potestad de tramitar y resolver cualquier solicitud¹⁸⁶⁹. Se trata de una cuestión de suma

¹⁸⁶⁸ Véanse, entre otros, el art. 32.3 de las *Especificaciones del plan de pensiones de la Universidad de Murcia* (23 febrero 2005); art. 26 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Aragón, S.A.*; art. 29 del *Reglamentos del Plan de Pensiones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A.*; art. 18 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Cegas, S.A.* y del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Gas Natural Cantabria, S.A.*; art. 21 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Enagás, S.A.*; art. 33 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Deutsche Bank, S.A.E.* (27 Abril 2000); art. 15 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de General Óptica, S.A.* (Septiembre 1998) y art. 38 del *Reglamento del Plan de Pensiones de B.N.P. España, S.A.*

¹⁸⁶⁹ Así, el art. 15 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Térmicas del Besós* (27 Julio 1998) atribuye a la Comisión de Control la función de emitir resolución acerca de la procedencia y cuantía de la prestación, así como comunicar su decisión al beneficiario. Por su parte, el art. 27 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)* otorga la competencia para tramitar y resolver cualquier solicitud, aunque reconoce la posibilidad de que ésta pueda delegar la citada función en la Entidad Gestora. En este mismo sentido, el art. 49.5 de las *Especificaciones del Monte Empleados Plan de Pensiones* prevé, incluso, la creación de una Subcomisión de Prestaciones formada por representantes de los partícipes y del promotor, al objeto de encargarse de tramitar y resolver las solicitudes de prestación.

importancia, puesto que obliga a plantearse cuál de estos órganos debería tener otorgada la mencionada competencia de resolución. En principio, el poder de gestión del fondo corresponde a las entidades gestoras, lo que permite pensar, en principio, que son éstas las que deberían tramitar las solicitudes y llevar a cabo las actuaciones necesarias a efectos de comprobar la documentación correspondiente y todo lo relativo a la cuantificación de los derechos económicos del beneficiario. Sin embargo, habría que reconocer a los propios interesados el derecho a participar en esas funciones de gestión, especialmente en las decisiones atinentes al reconocimiento de prestaciones, de tal manera que éstos pudieran hacerlo a través de la comisión de control. Se trataría de aplicar lo previsto en el art. 7.1.a) TRLPFP al objeto de reconocer en el órgano de control de los planes funciones no sólo de gestión, en lo que al reconocimiento de prestaciones se refiere, sino también de supervisión. De tal manera que cualquier decisión relativa al reconocimiento de prestaciones debería exigir siempre la previa aprobación de la comisión de control a efectos del cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo que se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios¹⁸⁷⁰.

3.4. Incompatibilidades del régimen de aportaciones y prestaciones

Por último, cabe tener en cuenta las situaciones de incompatibilidad entre aportaciones y prestaciones que de forma detallada se ha encargado de desarrollar el art. 11 RFPF, el cuál ha tratado de dar respuesta a las nuevas exigencias planteadas por las situaciones de compatibilidad de trabajo y cobro de la prestación, señaladamente en los casos de la jubilación parcial y flexible¹⁸⁷¹. Precisamente, en lo que respecta a la jubilación, el párrafo 4º del art. 8.6.a) TRLPFP y el art. 11.1 RFPF establecían como regla general el que las aportaciones a planes de pensiones sólo se podían destinar a la contingencia de fallecimiento, una vez se hubiera accedido a la jubilación o no siendo posible el acceso a la jubilación se realizasen a partir de la edad ordinaria de jubilación o a partir del cobro anticipado de la prestación correspondiente¹⁸⁷². Sin embargo, la nueva redacción dada por la Ley 35/2006 al párrafo 4º del art. 8.6.a) TRLPFP resulta más contundente a la

¹⁸⁷⁰ Precisamente, el art. 28 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Retevisión* admite que sea la entidad gestora la encargada de analizar la documentación correspondiente y adoptar una resolución provisional, pero exige al mismo tiempo la previa aprobación por la comisión de control del plan antes de su notificación al beneficiario.

¹⁸⁷¹ GARCÍA VIÑA, J.: *Los planes y fondos...*, op. cit., pp. 181-182.

¹⁸⁷² El interés de realizar aportaciones a planes de pensiones con el único objetivo de cubrir la contingencia de fallecimiento puede ser doble: de un lado, dichas aportaciones dan derecho a reducir la base imponible del IRPF, lo que puede ser un argumento suficientemente atractivo para las personas de elevados ingresos, que tengan sus necesidades económicas cubiertas y pretendan conseguir (o seguir disfrutando de) ventajas fiscales inmediatas; de otro, tales aportaciones son un buen soporte para preparar eficientemente su herencia, si se nombran como beneficiarios del plan a sus herederos, teniendo en cuenta, además, que dichas cantidades no tributan en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (VV. AA.: *Manual de Fondos de Pensiones*, Madrid, Inversor Ediciones, 9.ª ed., 2002, p. 36).

hora de admitir la realización de aportaciones más allá de la jubilación, dado que ahora la regla general es que “a partir del acceso a la jubilación, el partícipe podrá seguir realizando aportaciones al plan de pensiones”. Esta nueva orientación, sentando como principio básico el de la compatibilidad entre aportaciones y prestaciones, casa mejor con la actual política de incentivo de la continuidad en la vida activa más allá de la edad prevista para el acceso a la pensión de jubilación. Y, por tanto, con las previsiones del art. 11 RPFPP que autoriza la realización de aportaciones a planes de pensiones para la jubilación, en el caso de que se inicie o reanude una actividad laboral o profesional, causando alta en el Régimen de Seguridad Social correspondiente. En todo caso, el propio RPFPP también establece una importante excepción a la imposibilidad de simultanear la condición de partícipe y la de beneficiario por jubilación o prestación correspondiente en un plan de pensiones o en razón de la pertenencia a varios planes de pensiones. Y así, si el interesado fuera beneficiario de un plan de pensiones por jubilación, prestación correspondiente o su anticipo, y estuviere pendiente de cobro o en curso de pago su prestación, podrá reiniciar sus aportaciones para jubilación una vez que hubiera percibido aquélla íntegramente o suspenda su percepción y asigne expresamente los derechos económicos remanentes a la posterior jubilación prevista (art. 11.4, párrafo 2º RPFPP).

Por lo demás, la reforma operada en el párrafo 4º del art. 8.6 TRLPFP incorpora, asimismo, una novedad, a saber, la posibilidad, una vez iniciado el cobro de la prestación de jubilación o el cobro anticipado de la prestación correspondiente a jubilación, de destinar las aportaciones no sólo a la contingencia de fallecimiento sino también a las situaciones de dependencia (severa o gran dependencia). Desde luego, esta nueva opción merece una valoración positiva, dado que, como se dijo más arriba, la población que sufre diferentes situaciones de dependencia es mayoritariamente de edad avanzada.

La posibilidad de mantener o reanudar las aportaciones para la contingencia de jubilación no ha sido objeto de un tratamiento específico en las especificaciones de los planes de pensiones. Tan sólo se contempla en éstas la posibilidad de que el partícipe que accede a la situación de prejubilación pueda seguir realizando aportaciones voluntarias. De esta forma se favorece el mantenimiento de la condición de partícipe en activo del prejubilado hasta causar el derecho a la jubilación en el sistema público de la Seguridad Social, o poder causarlo, con la consideración de partícipes en situación asimilada al alta¹⁸⁷³.

¹⁸⁷³ Art. 8.3. del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S.A.* (BOE 11 febrero 2004); art. 12 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA* y art. 21.2.3.2. del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (febrero 2005).

Finalmente, hay que hacer notar la remisión reglamentaria que contiene el art. 8.6.b), párrafo 2º TRLFPF en cuanto al destino de las aportaciones para contingencias susceptibles de acaecer en las personas incursoas en las situaciones de incapacidad permanente, lo que plantea la compatibilidad de la realización de aportaciones con la percepción de este tipo de prestaciones. Al respecto, el art. 11.5 RFPF permite la realización de aportaciones a las personas en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, o absoluta y permanente para todo trabajo, o gran invalidez, aunque sometiendo esta opción de contribución a una serie de reglas. La primera, que tal facultad tan sólo será factible mientras el beneficiario no se jubile, teniendo en cuenta que “de no de ser posible el acceso a la jubilación, esta contingencia se entenderá producida cuando el interesado alcance la edad ordinaria de jubilación en el Régimen de Seguridad Social correspondiente”. Igualmente, habrá que atender a aquellos regímenes de Seguridad Social que prevean la jubilación por incapacidad y ésta se produzca con anterioridad a la edad ordinaria de jubilación¹⁸⁷⁴. En tales casos, como cabe imaginar, serán aplicables las reglas anteriores de compatibilidad de las aportaciones con la prestación de jubilación, lo que supone que si se realizan nuevas aportaciones tras esta contingencia irán destinadas exclusivamente a cubrir el fallecimiento, con las excepciones antes apuntadas. La segunda, que la persona declarada en incapacidad permanente total para la profesión habitual que esté dada de alta en otro régimen de la Seguridad Social por razón de otra actividad podrá realizar aportaciones para cualquier contingencia. Y, finalmente, que el beneficiario de la prestación de un plan de pensiones por incapacidad permanente podrá reanudar las aportaciones a planes de pensiones para cualquier contingencia susceptible de acaecer, una vez que hubiere percibido aquella íntegramente o suspendido el cobro.

VII. EL DESARROLLO DEL PLAN DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: SU SEGUIMIENTO Y SUPERVISIÓN POR LA COMISIÓN DE CONTROL

Tras la formalización jurídica del plan, de la que ya se habló con anterioridad, sólo cabe esperar su normal desenvolvimiento. Ello comportará la intervención de una pluralidad de instituciones encargadas, de un lado, de la gestión del patrimonio que se va acumulando como consecuencia de las aportaciones que se realizan y, de otro, de la supervisión y control de todo el entramado jurídico implicado en su desarrollo. En la administración técnica de los fondos de pensiones, que se recordará se configuran como patrimonios sin personalidad jurídica afectos

¹⁸⁷⁴ Ejemplo de ello es el Régimen de Clases Pasivas del Estado, el cuál prevé la jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad [art. 28.2.c) RDLeg 670/1987].

a un fin de previsión, conectados instrumentalmente con el plan, participan una entidad gestora (art. 13 TRLPFP) y otra depositaria (art. 21 TRLPFP). Ambas tienen su origen en la función económica y financiera encomendada al fondo, en cuanto que éste debe servir para mantener las contribuciones económicas aportadas al plan y, al mismo tiempo, obtener de ellas un rendimiento en forma de intereses acumulados. Se cree, en este sentido, que dejando a la iniciativa privada (al mercado) las decisiones sobre el control de las inversiones se logrará alcanzar un mayor grado de eficiencia en los programas de previsión. Por otro lado, la trascendencia social de estos instrumentos privados de previsión obliga a considerar la necesaria participación de partícipes en el seguimiento y control de los fondos, y ello teniendo en cuenta que aunque partícipes y beneficiarios no puedan autoadministrarse porque lo impide el TRLPFP no dejan de ostentar por ello la condición de titulares de los recursos patrimoniales afectos al plan. En suma, se pueden distinguir a unas instituciones de gestión de los planes y fondos de pensiones, que corresponderían a las denominadas entidades gestoras y depositarias y, por otro, a unas instituciones de supervisión, funciones que cabe atribuir a las comisiones de control y a la Administración Pública.

En el primer caso, corresponde a la entidad gestora la responsabilidad de la administración y gestión del fondo de pensiones en que se halle integrado el plan (art. 13 TRLPFP). Por el contrario, a la entidad depositaria se le reconoce la facultad de asumir y custodiar los valores inmobiliarios y demás activos integrados en los fondos de pensiones (art. 21.1 TRLPFP). A esta última, corresponde, igualmente, ejercer la vigilancia de la entidad gestora ante el promotor, los partícipes y los beneficiarios (art. 21.2 TRLPFP). En el segundo caso, el sistema de controles que el TRLPFP instaura se apoya sobre tres ejes: primero, un intervencionismo público de carácter supervisor de todo el sistema (Capítulos VII y IX TRLPFP); segundo, la existencia de una comisión de control del fondo de pensiones, a la que la regulación normativa les confiere verdaderas facultades de gestión y representación (art. 14 TRLPFP); y, por último, otra comisión de control, en este caso del plan, encargada de la supervisión de su funcionamiento y correcta ejecución (art. 7 TRLPFP)¹⁸⁷⁵.

¹⁸⁷⁵ Hay que tener en cuenta que, conforme al art. 41.3 TRLPFP, “los planes de pensiones promovidos por empresas de otros Estados miembros adscritos a fondos españoles no precisarán constituir la comisión de control del plan regulada en el artículo 7, sin perjuicio, en su caso, de los órganos o instancias de representación o participación de empresas y trabajadores, establecidos en virtud de pacto o conforme a los usos o la legislación del Estado miembro de acogida, para la supervisión del funcionamiento del plan y las relaciones con la entidad gestora y, a través de esta, con la autoridad competente española”. Por el contrario, el funcionamiento y ejecución del plan adscrito a un fondo domiciliado en otro Estado miembro será supervisado por la comisión de control del plan, cuya composición y funcionamiento se ajustará a lo previsto en el artículo 7 del TRLPFP y en su normativa de desarrollo (art. 45.1 TRLPFP).

Precisamente, las implicaciones socio-laborales de esta última, si tenemos en cuenta su configuración como instrumentos de participación de los interesados (trabajadores en activo-partícipes y pasivos-beneficiarios) en el control y la gestión indirecta de los planes y fondos de pensiones, aconsejan que centremos nuestra atención en aquélla. La importancia que adquiere este órgano resulta evidente, como se verá, entre otras razones porque a él se confiere la facultad de modificar las especificaciones del plan. En cualquier caso, también se hace necesario efectuar un breve análisis de aquella otra comisión de control, esto es, la del fondo. No en vano con dicho cauce de intervención de los sujetos colectivos e individuales se pone en evidencia una suerte de nuevo control social respecto de la acumulación del capital financiero representado por los fondos de pensiones¹⁸⁷⁶. Y es que se ha podido teorizar que con esta función de supervisión y de gestión indirecta de estos fondos, las organizaciones sindicales pueden contrarrestar la eventual hegemonía de los inversores especulativos en dicho ámbito¹⁸⁷⁷. Sin desmerecer esta posición, somos de la opinión de que esta potestad interventora de los interesados en la estrategia inversora de los fondos de pensiones, aún contando con un importante respaldo legal en nuestro país, no resulta suficiente como para que, finalmente, no se impongan las tácticas y criterios de inversión de los intermediarios financieros¹⁸⁷⁸. Aún cuando sea loable (y necesario) este intento por ejercer ese papel de control, especialmente por parte del poder sindical, lo cierto es que este nuevo ámbito de actuación no sólo puede resultar estéril ante determinadas prácticas de los inversores, sino que además plantea la dificultad de hacer compatible la lógica de maximización del capital que prevalece en los mercados financieros con la de la mejora de las condiciones salariales y de trabajo presente en el marco de las relaciones laborales¹⁸⁷⁹.

1. La comisión de control del plan: su configuración como mecanismo de supervisión y de representación de los interesados

Se ha podido decir, con razón, que uno de los pilares básicos del sistema institucional de los planes de pensiones es la existencia *ad hoc* en cada plan de un mecanismo colegiado de supervisión de su funcionamiento y ejecución¹⁸⁸⁰. En otras palabras, la normativa ha querido reservar un

¹⁸⁷⁶ ZAMPINI, G.: *La previdenza complementare...*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁷⁷ *Vid.* BLACKBURN, R.: "El nuevo colectivismo...", *op. cit.*, pp. 21-82.

¹⁸⁷⁸ Es de esta opinión FUENTE LAVÍN, M. de la: *El sistema de pensiones...*, *op. cit.*, p. 83. Sobre esta cuestión, *vid.* VV. AA. (Khalifa, P. y Chanu, P. Y. coords.): *Les retraites au péril du libéralisme*, Paris, Syllepse, 3.^a ed., 2002, pp. 56-58.

¹⁸⁷⁹ *Vid.* SAUVIAT, C. y PERNOT, J.-M.: "Fonds de pension et épargne salariale aux États-Unis: les limites du pouvoir syndical", *L'Année de la régulation*, núm. 4, 2000, pp. 89-113.

¹⁸⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Instituciones de control y gestión...", *op. cit.*, pp. 571-572.

papel esencial a la función correctiva y de conducción de los planes y de los fondos en que se integran. Y tal ocupación se otorga al conjunto de los elementos personales que se dan citan en un plan del sistema de empleo, esto es, los partícipes, beneficiarios y promotor. Ahora bien, la importancia de esta función fiscalizadora no debe eclipsar aquella otra que cabe reconocer en estos mecanismos de control de los planes, a saber, la de servir de cauce institucional de carácter instrumental para articular el derecho de participación de los interesados en la gestión de la previsión privada¹⁸⁸¹. Por tanto, la comisión de control del plan ostenta un doble papel: por un lado, actúa como órgano supervisor del funcionamiento del plan y, por otro, se constituye en cauce de participación y representación de los interesados¹⁸⁸².

Esta dualidad de fines está presente en el grupo normativo de referencia de este mecanismo de supervisión y representación, en concreto, en los arts. 7 TRLFPF y 29 a 32 RFPF, lo que ocurre es que la configuración actual de esta figura jurídica y, por ende, de sus funciones ha sido objeto de importantes modificaciones; algo que, por lo demás, era fácilmente previsible teniendo en cuenta los debates parlamentarios de la normativa legal precedente¹⁸⁸³. Cuestiones tales como el mayor o menor protagonismo (principio de primacía) de los partícipes en la conducción y control de los planes, la introducción de procedimientos de designación directa (o sindical) por parte de la autonomía colectiva organizada en los representantes de los partícipes en la comisión de control, la mayor o menor vinculación de dicha comisión respecto de los dictados de la negociación colectiva, especialmente cuando se trata de modificar las especificaciones del plan, no han resultado pacíficas, como se tendrá ocasión de comprobar a lo largo de este apartado. Sea como fuere, lo cierto es que en la actualidad se pueden destacar una serie de principios informadores¹⁸⁸⁴ de la comisión de control en los planes de pensiones, a los

¹⁸⁸¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸⁸² Así lo entienden AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social...*, *op. cit.*, p. 199. Y es que ambas funciones resultan trascendentales a efectos de llevar a cabo un oportuno distanciamiento entre los fondos de pensiones y los de inversión. Téngase en cuenta que la diferencia estructural más importante entre ambos radica en la presencia en aquél de órganos que institucionalizan la defensa de los intereses de partícipes y beneficiarios en los planes adscritos (TAPIA HERMIDA, A.: “La gestión de los Fondos...”, *op. cit.*, p. 397). Su administración por sociedades gestoras, con el concurso de la entidad depositaria, los aproximaría a la forma típica fiduciaria de los fondos de inversión sino fuera por la figura de las comisiones de control existente en los fondos de pensiones (USANO CRESPO, D.: “Aspectos críticos de la regulación...”, *op. cit.*, p. 38).

¹⁸⁸³ Tal y como señala ROMERO BURILLO, “están contabilizadas un total de ocho propuestas diferentes que fueron presentadas para dar un nuevo redactado al art. 7.3 del Proyecto de Ley de Regulación de los Fondos de Pensiones” que se refería a la composición de la Comisión de Control (*Los planes de pensiones del...*, *op. cit.*, p. 393).

¹⁸⁸⁴ Se sigue, en esencia, la formulación propuesta por GARCÍA BECEDAS, G. en: “Funciones y responsabilidades legales de las Comisiones de Control y sus miembros (sinopsis legislativa a 31.12.2003)”, en VV. AA.: *Seguridad Social...*, *op. cit.*, pp. 264-265.

cuáles nos referimos a continuación: en primer lugar, un principio general de libertad de organización, conforme a lo indicado por el art. 6.1.b) TRLPFP, por cuanto se exige de un acuerdo entre los sujetos constituyentes en orden a determinar su estructura interna y de funcionamiento; en segundo lugar, un principio participativo por representación, conforme a lo previsto por el art. 7.2 TRLPFP, esto es, la participación de partícipes y beneficiarios en la gestión y control del funcionamiento de los planes se efectúa a través de la comisión de control; en tercer lugar, un sistema paritario entre promotor y partícipes en lo atinente a la representación (art. 7.3 TRLPFP), con la excepción que se comentará; en cuarto lugar, la prevalencia de los partícipes respecto de los beneficiarios, dado que aquéllos van a poder ostentar la representación de éstos (art. 7.2 TRLPFP); y, en quinto lugar, la pluralidad de formas electivas o de designación de los representantes de partícipes y beneficiarios. Desde luego, no se agotan aquí, con estos principios generales, todos los aspectos a tener en cuenta a la hora de abordar el estudio de la comisión de control del plan.

1.1. La atormentada cuestión de la composición de la comisión de control del plan: paridad vs. supremacía de los partícipes

Tal y como se ha apuntado, la composición de la comisión de control ha resultado ser, a la postre, una de las cuestiones más controvertidas de todo el sistema jurídico-positivo de los planes de pensiones. Prueba de ello son las idas y venidas del legislador en esta materia que ha visto como en los últimos años ha sido objeto de importantes modificaciones normativas. Precisamente, la primera reforma significativa recae sobre el principio de primacía de los partícipes en la comisión de control. En efecto, hasta la Ley 24/2001 se otorgaba un papel protagonista a los partícipes en dicho órgano, ya que se les garantizaba la mayoría absoluta de los representantes. El derogado art. 7.3 LPFP (Ley 8/1987) establecía una composición de la comisión de control formada por representantes del promotor o promotores, partícipes y beneficiarios, garantizando en todo caso la presencia de todos los intereses, pero manteniendo la mayoría absoluta de los partícipes¹⁸⁸⁵. En atención a ello, y partiendo de un número mínimo de cinco miembros [art. 22.3.a) RFPF (RD 1307/1988)] los reglamentos de planes de pensiones debían concretar la composición de la Comisión de Control de acuerdo con la regla general de la representación mayoritaria de los partícipes¹⁸⁸⁶. Un

¹⁸⁸⁵ Para el Tribunal Supremo dicha mayoría absoluta de la representación de los partícipes no debía traducirse “en voto bloqueado de este grupo de intereses”. Lo que pretendía la Ley, a juicio de la Sala 4ª de este Tribunal, era, en definitiva, impedir que pudieran tomarse acuerdos prescindiendo de la voluntad de los partícipes, pero que no todos los acuerdos pudieran ser adoptados por la sola voluntad de los partícipes [STS 26 enero 1993 (*AS* 1993, 270)]. En idéntico sentido, STS 23 diciembre 1994 (*RJ* 1994, 10226).

¹⁸⁸⁶ Así, entre otros, cabe citar las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Amylum Ibérica* (20 Octubre 1998) que en su art. 12.1.2 establecía un número de miembros de nueve, siendo su distribución de cinco

mayor protagonismo de éstos en la conducción y control de los planes que no fue aceptado pacíficamente por los sectores empresariales que veían en tal medida una puerta para la sindicalización de estos sistemas de previsión¹⁸⁸⁷. Pero no sólo eso, desde la parte empresarial se cuestionaba directamente la existencia de dichos órganos al considerarse como uno de los impedimentos máximos para la promoción de los planes en las empresas españolas¹⁸⁸⁸. Y es que teniendo en cuenta la implicación financiera que tienen las empresas en este tipo de planes éstas parecían aferrarse al modelo de previsión empresarial precedente –fondos internos o reservas contables- con tal de seguir detentando la titularidad de los recursos acumulados con fines de previsión.

Pese a estas críticas, lo cierto es que este principio de “primacía” de los partícipes en la comisión de control de los planes parecía estar plenamente justificado atendiendo a dos datos normativos: primero, de acuerdo con la rotunda declaración de los arts. 8.4 LPFP (Ley 8/1987) y 10.2 RFPF (RD 1307/1988), en el sentido de que la titularidad de los bienes y recursos afectos al plan correspondía a los partícipes y beneficiarios y, segundo, conforme a lo establecido por el art. 4 LPFP (Ley 7/1987), con la condición de sujetos protegidos con derecho originario propio que ostentaban los partícipes¹⁸⁸⁹. A nuestro juicio, se trataba de una respuesta jurídica satisfactoria, dado que la misma resultaba acorde con la naturaleza de los planes y fondos de pensiones como contratos colectivos de previsión, de manera que la solución dada por la anterior LPFP en orden a otorgar un papel predominante a los partícipes en las comisiones de control del plan parecía acertada, ya que de esta forma se subrayaban los elementos mutualísticos de estos instrumentos de previsión¹⁸⁹⁰. Por tanto, correspondiendo a los partícipes y beneficiarios la titularidad de los fondos, se debía otorgar a éstos un papel preeminente en el ejercicio de la

representantes de los partícipes, uno de los beneficiarios y tres de la Entidad Promotora. En idéntica proporción, el *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para la Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.A.* (24 Abril 1998); las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Eléctrica de Canarias II, S.A., Sociedad Anónima Unipersonal*. Otras distribuciones, son las previstas en el art. 22 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.* (1 Enero 2001) con seis miembros representantes de los partícipes y cuatro de la entidad promotora, o la recogida en el art. 30 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)* con diez miembros representantes de los partícipes, tres del promotor y uno de los beneficiarios. Es evidente, que se trate de supuestos que no agotan las innumerables opciones que se podían y (se pueden) dar.

¹⁸⁸⁷ USANO CRESPO, D.: “Aspectos críticos de la regulación...”, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁸⁸ DELGADO PLANÁS, C.: *Como complementar la pensión...*, *op. cit.*, pp.112-113.

¹⁸⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y Privado...*, *op. cit.*, pp. 297-298.

¹⁸⁹⁰ Como indica MONEREO PÉREZ “la posición jurídica prevalente de los partícipes no hace sino subrayar precisamente la situación jurídica de cotitularidad y corresponsabilidad limitada que tienen los partícipes en el sistema en vista de la satisfacción de un interés común de previsión consistente en hacer frente a las consecuencias o situaciones de necesidad producidas por la verificación de un riesgos común a todos los sujetos protegidos en situación coasociativa” (“Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 573).

competencia de supervisión del funcionamiento y ejecución de los planes¹⁸⁹¹, con mayor razón si cabe en los de la modalidad de aportación definida, ya que la inadecuada gestión del patrimonio podía acarrear peores prestaciones. Igual posición cabía sostener para el caso de los de prestación definida, pese a que se pudiera defender un idéntico protagonismo para el promotor atendiendo al mayor riesgo que éste asume en este tipo de planes¹⁸⁹².

En cualquier caso, y antes de la aprobación de la Ley 24/2001, que rompe definitivamente con la mayoría absoluta de los partícipes en la comisión de control, la posición empresarial que postula un papel más relevante en dicho órgano para el promotor se va haber atendida en cierto modo a través de la reforma operada por la disposición adicional 11ª de la LOSSP (Ley 30/1995), que vino a suavizar ese principio de primacía al introducir un nuevo número 4 al art. 7 LPFP y establecer que “las decisiones de la Comisión de Control del Plan se adoptarán de acuerdo con las mayorías estipuladas en las especificaciones del Plan, resultando admisible que dichas especificaciones prevean mayorías cualificadas”. En atención a ello, cabía pactar, por tanto, determinados acuerdos relevantes a través de una mayoría cualificada de votos para su aprobación y, de esa forma, salvar el obstáculo de un posible veto por la mayoría de los partícipes. Pero, finalmente, será el nuevo artículo art. 7.3.a) LPFP, objeto de reforma por la Ley 24/2001, quién atienda de forma definitiva la vieja reivindicación empresarial, modificando la composición de la comisión de control, de manera que la representación de los elementos personales se convertirá en paritaria, haciendo desaparecer la posición privilegiada que mantenían partícipes y beneficiarios. Al mismo tiempo, se elimina el número mínimo de cinco miembros necesarios para la constitución de dicho órgano, por lo que ahora se deja en manos de las especificaciones de los planes el establecimiento de una composición por debajo de ese límite [art. 30.1.a) RPPF].

Las razones que han sustentado este cambio de orientación ya fueron expuestas en la tan controvertida Proposición de no Ley sobre los sistemas complementarios de previsión social en desarrollo de la Recomendación número 14 del Pacto de Toledo, en la que se demandaba una reforma de las mayorías en las comisiones de control, de modo que la configuración de aquéllas debían tener en cuenta tres aspectos: “quién aporta, quiénes son los titulares y beneficiarios, y quiénes son los responsables de las

¹⁸⁹¹ En al misma línea, CC. OO.: *La exteriorización de...*, *op cit.*, p. 62; MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 101 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 637.

¹⁸⁹² Así lo entendía MATEU ROS CERREZO, para quién la posición privilegiada de los partícipes tenía fundamento salvo en los planes de prestación definida ya que en éstos al correr el riesgo por cargo del promotor parecería lógico que tuviera la mayoría la Comisión (“Planes y fondos de pensiones...”, *op. cit.*, p. 2394).

prestaciones” (aptdo. 4º.11ª). En definitiva, se volvía a insistir en la necesidad de dar prevalencia al título de financiador del promotor y al riesgo que éste asume en determinados planes a efectos de romper con el principio de supremacía de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo. Es decir, se preconizaba una sustitución del protagonismo (la primacía) de los partícipes en la comisión por un limitado y posible “derecho de veto” de éstos sobre cierto tipo de decisiones de gestión¹⁸⁹³.

Pues bien, estas motivaciones, que de modo evidente traslucían un intento claro de privilegiar la posición de los empresarios, a pesar de no ser titulares de los recursos acumulados¹⁸⁹⁴, son las que han servido de apoyo a la reforma del texto legal, convirtiendo la comisión de control en un organismo paritario¹⁸⁹⁵. Con ello, se logra la pretendida reordenación de las relaciones de poder entre las diversas representaciones de intereses y una más que previsible reducción de las facultades de decisión de los partícipes en el sistema de organización¹⁸⁹⁶. Un cambio de dirección que, incluso, está directamente relacionado con el criterio existente en el ámbito donde surge la iniciativa de previsión –la negociación colectiva- donde las decisiones son paritarias¹⁸⁹⁷, y que bien merece dos comentarios adicionales: de un lado, cabe pensar que la pérdida de la posición jurídica de supremacía de los partícipes en el seno de la comisión se debe a un rechazo de la hasta ahora norma general que hacía prevalecer el título de propiedad de aquéllos sobre los recursos acumulados frente al título de financiador o cofinanciador del sistema de previsión y la asunción de un margen de riesgo en los planes de prestación definida del promotor; y, de otro, que pese al protagonismo compartido con la nueva reforma entre partícipes y promotor en el ámbito de la comisión de control, no resulta dañada, a nuestro juicio, la configuración jurídica de base mutualista de la figura de los planes y fondos de pensiones.

No obstante, sentada la regla general de la pérdida de la posición jurídica de supremacía de los partícipes en el seno de la comisión, la norma reglamentaria introduce una importante salvedad a la misma. En concreto, el párrafo segundo del apartado a) del art. 30.1 RPFPP admite sin ambages el que se pueda establecer una distribución de representantes distinta de la

¹⁸⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Planes y Fondos...”, *op. cit.*, p. 67.

¹⁸⁹⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 639; MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 67 y ROMERO BURILLO, A. M.ª: “El nuevo régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 42.

¹⁸⁹⁵ Del mismo modo, en Italia el órgano de administración y control del fondo de pensiones debe respetar el principio de paridad de los representantes de los trabajadores y del promotor (art. 5 Dleg. n. 124/1993 y, ahora, art. 5 Dleg. n. 252/2005).

¹⁸⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A.: “Comentario al art. 7 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 277.

¹⁸⁹⁷ VV. AA.: *Previsión Social...*, *op. cit.*, p. 149.

paritaria, siempre que sea fruto de un acuerdo de la negociación colectiva. Estamos, por tanto, ante una excepción a la norma legal impuesta por vía reglamentaria que puede fundamentarse en los términos –“con carácter general...”- en los que se expresa el art. 7.3.a) TRLPFP. Estaríamos, en suma, ante un intento moderado de salvaguardar la posición jurídica de primacía de los partícipes a través de un eventual acuerdo colectivo que reconociera tal circunstancia, lo que en buena lógica sería más consecuente con el reconocimiento de una colectividad integrada por los partícipes del plan. Son éstos los que ostentan un interés directo en el sistema de pensiones creado a su favor y a ellos corresponde la titularidad de los recursos patrimoniales asociados al plan.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que este intento de volver a primar la posición de los partícipes (trabajadores en activo) frente a la del promotor (empresario) encuentra la siguiente limitación, en concreto, que tal previsión únicamente opera sobre el sistema de representación (la composición) pero no respecto del régimen de acuerdos, el cuál se mantiene intacto conforme a los requerimientos previstos en el art. 32 RFPF. Además, la norma reglamentaria no resuelve adecuadamente dos cuestiones que pueden condicionar de forma importante el acuerdo colectivo de restablecimiento del protagonismo principal de los partícipes en el seno de la comisión: de un lado, no aclara si tal acuerdo por el que se establece una composición no paritaria del citado órgano debe garantizar la atribución del 50 por ciento del conjunto de votos a los representantes designados por el promotor o promotores y, de otro, si el mismo acuerdo puede otorgar un mayor peso a la representación del promotor en detrimento de los partícipes¹⁸⁹⁸. A nuestro juicio, puede que lamentablemente la segunda cuestión haya podido quedar abierta, pero no la primera de ellas, ya que los términos en los que se expresa el art. 30.1.a), párrafo 2º RFPF aconsejan una interpretación en el sentido de que la distribución de representantes puede ser distinta de la prevista con carácter general en el párrafo anterior, esto es, no tiene porque ser paritaria, ni por tanto que la parte promotora deba mantener el 50 por ciento de los votos de la comisión, lo único que se deberá respetar es lo previsto sobre la adopción de determinadas decisiones (art. 32 RFPF) y la garantía de la presencia de representantes del promotor y partícipes¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁸ Para SUÁREZ CORUJO dicha excepción sólo podría interpretarse en favor de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios, “de manera que se incrementara el peso de su representación por encima de ese 50 por 100 que para estos colectivos supone, en todo caso, un mínimo” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 639).

¹⁸⁹⁹ Por ello, no cabe estar de acuerdo con aquellos autores que consideran que la negociación colectiva estaría limitada siempre por la necesidad de salvaguardar el 50 por ciento de los votos a los representantes designados por el promotor o promotores. *Vid.* SUÁREZ CORUJO, B.: “RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento...”, *op. cit.*, p. 112 y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 96.

Ahora bien, con respecto a esta posibilidad de que el órgano de supervisión del plan no tenga que ser paritario, cabe matizar la distinta situación de la que parten en este punto aquellos planes ya formalizados y cuyas comisiones de control fueran anteriores a la reforma operada en este sentido por la Ley 24/2001 de aquellos otros que se pacten y cuya comisión se constituya tras la entrada en vigor del RFPF (RD 304/2004). Y es que, en el segundo caso, únicamente resultará preceptiva la adopción de un acuerdo colectivo cuando se opte por otro tipo de representación distinto del previsto con carácter general, esto es, del paritario. En el primer caso, sin embargo, y dado que su composición exigía del reconocimiento de la mayoría absoluta de representantes de los partícipes en la comisión, las dos variables que se le ofrecen al plan siempre van a requerir de un acuerdo expreso que sirva o bien para ratificar el sistema precedente –no paritario– o bien para modificarlo en el sentido de favorecer una distribución paritaria de representantes¹⁹⁰⁰. Precisamente, con respecto a esta segunda opción, el párrafo 4º de la disp. trans. 2ª TRLFPF se hizo eco de las dificultades que podía tener el proceso de adaptación de los planes de empleo vigentes con anterioridad a las modificaciones producidas en materia de control de los planes de pensiones. Por ello, los cambios normativos operados en la composición y sistema de representación en el seno de la comisión de control del plan obligó al legislador a ser prudente y establecer un plazo lo suficientemente amplio –tres años contados desde el 1 de enero de 2002– que permitiera favorecer un proceso de acomodación lento y progresivo. Un plazo de adaptación que, incluso, en virtud del RD-Ley 10/2004, de 23 de diciembre, fue objeto de ampliación hasta el 31 de diciembre de 2005. No hay que olvidar que se estaba ante uno de los cambios de mayor envergadura de la Ley 24/2001 que alteraba de manera significativa no sólo la composición de la Comisión de Control sino también el sistema de mayorías que se iban a exigir para adoptar determinadas decisiones. Pero también se modificaban de forma trascendental los sistemas de determinación de los sujetos que iban a ostentar la representación de los partícipes, beneficiarios y del promotor. En suma, los planes del sistema de

¹⁹⁰⁰ La realidad es que en el marco de la negociación colectiva en 2004 un número considerable de acuerdos han garantizado el mantenimiento de la mayoría de los trabajadores en las comisiones de control de los planes de empleo. Se trata de acuerdos que afectan, al menos, a 44 planes con 180.853 partícipes (14,51 por 100 del sistema de empleo; 25,96 por 100 si se consideran los planes anteriores a 1 de enero de 2002, obligados a adaptarse a la composición paritaria, salvo pacto en contrario) y gestionan un patrimonio de 9.577,5 millones de euros (37,85 por 100 del sistema de empleo). *Vid.* CC. OO.: *Balance de la Negociación...*, *op. cit.*, p. 75. A pesar de ello, no faltan ejemplos que han optado por adaptar sus órganos de control al mandato de la paridad. Entre otros, las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002) que en su art. 45 establece que la Comisión de Control estará constituida por seis miembros en representación de los partícipes y beneficiarios y seis en representación del Promotor. En idénticos términos, el art. 16.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España*.

empleo anteriores a la Ley 24/2001 debían adaptarse a lo previsto en el apartado 3 del artículo 7 TRLFPF y debían hacerlo mediante acuerdo colectivo. En todo caso, si finalmente no era posible alcanzar un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores el inciso final del párrafo 4º de la Disp. Trans. 2ª era rotundo: “se aplicará directamente”.

Como cabe imaginar, este régimen transitorio de adaptación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo a lo previsto en el apartado 3º del art. 7 TRLFPF que imponía la necesidad de alcanzar un acuerdo al objeto de fijar la composición del órgano de supervisión (paritario o no) podía resultar, a la postre, especialmente problemático. Las razones parecían obvias: de un lado, los planes de pensiones anteriores a la reforma se crearon bajo unas determinadas normas, que empresarios y trabajadores tuvieron en cuenta a la hora de decidir el modo de instrumentar sus compromisos de previsión; su modificación posterior suponía alterar las condiciones bajo las cuáles se había pactado la constitución de la comisión; de otro, de no alcanzarse un acuerdo expreso de la negociación colectiva dentro del plazo señalado legalmente, se derivaba la aplicabilidad *ex lege* del sistema paritario, lo cuál podría afectar al equilibrio de posiciones pactado al amparo de la regulación anterior, y dar lugar a que se pudiera cuestionar la legitimidad de las comisiones de control y la eficacia de sus actuaciones. Sin duda alguna, se trataba de un doble razonamiento que se ha podido manejar en más de una ocasión en la práctica negociadora de los planes¹⁹⁰¹, pero que de forma expresa ha servido de justificación para que se opere una nueva reforma (una más) en este punto. En concreto, y teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad, el RD-Ley 16/2005, de 30 diciembre introduce una modificación normativa al régimen transitorio que permitirá a las comisiones de control preexistentes a la entrada en vigor de la Ley 24/2001 mantener su composición originaria, salvo que la negociación colectiva acuerde otra distinta. En todo caso, habrá que tener en cuenta que en los planes de pensiones que no hayan adaptado sus especificaciones al régimen de acuerdos previsto en los párrafos a) y b) del art. 7.3 TRLFPF antes del 1 de enero de 2006, dichos preceptos se aplicarán directamente.

Por otro lado, otra de las cuestiones a plantear en torno a la composición de la comisión de control del plan es la relativa a la representación del promotor, de los partícipes y de los beneficiarios. Por lo pronto, el art. 22.3.a) RFPF (RD 1307/1988) establecía una regla general consistente en reconocer el derecho de representación a cada uno de los elementos personales, de manera que todos ellos debían poder participar a

¹⁹⁰¹ Sirva de ejemplo ilustrativo el Acuerdo sobre Adaptación formal de las modificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Telefónica de 9 de diciembre de 2004 (BOE 2 junio 2005) en el que se declara expresamente que no se modifica la actual composición de la comisión de control y se deja pendiente su adaptación hasta alcanzar un acuerdo al respecto.

través de sus representantes en el seno de la comisión, lo que fue interpretado por algunos reglamentos de planes en el sentido de incorporar a promotor, partícipes y beneficiarios a la comisión de control por mínima que fuera su presencia en el plan, para así dar cumplimiento al mandato del art. 22.1 RFPF (RD 1307/1988) en cuanto a la necesidad de garantizar la presencia de todos los intereses¹⁹⁰². Sin embargo, el propio RD 1307/1988 atemperaba el mencionado derecho al exigir la integración de partícipes y/o beneficiarios en un único colectivo cuando la inexistencia o el reducido número de los mismos impidieran la cobertura de los porcentajes atribuidos a cada grupo. De este modo, los reglamentos de planes de pensiones vinieron a exigir a los beneficiarios un porcentaje mínimo de presencia en el plan¹⁹⁰³ al objeto de poder ostentar un colectivo propio en el seno de la comisión de control. En la práctica esta limitación del derecho de representación daba lugar a que los partícipes ostentarán la representación de los beneficiarios dado que aquéllos eran el colectivo más numeroso. Repárese que podía haber planes de nueva creación que se caracterizaban por la ausencia de beneficiarios, por lo que la previsión de que los partícipes asumieran su representación no carecía de sentido.

Lo que sí podía ser de dudosa legalidad era el que, admitida la representación de los beneficiarios, la ausencia de los mismos pudiera incrementar la del promotor¹⁹⁰⁴, y ello porque el art. 22.3.c) RD 1307/1988

¹⁹⁰² Se trataba, en estos casos, de planes de pensiones resultantes de la transformación de sistemas de previsión anteriores, en los cuáles sí se daba la presencia de pensionistas que pasaban a ser beneficiarios del nuevo plan.

¹⁹⁰³ Como regla general, se condicionaba su representación como colectivo propio a que superaran un porcentaje determinado del número de partícipes. Así, este porcentaje podía ser del 25 por 100 del número de partícipes (art. 27 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Productos Roche*), del 20 por 100 (art. 22 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.*; art. 31.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)* y art. 20 del *Reglamento del Plan de Pensiones Central Nuclear de Trillo 1, A.I.E.*), del 15 por 100 (art. 35 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.*; art. 29 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Eléctrica de Canarias II, S.A., Sociedad Unipersonal*; art. 48 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano, S.A.* y art. 40 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo de Repsol Química*), del 10 por 100 (art. 54.2 de las *Especificaciones del Monte Empleados Plan de Pensiones*; art. 34 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Grupo Hidrocantábrico*; art. 53 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Empresa Municipal de Abastecimientos y Saneamientos de Aguas de Sevilla, S.A.*; art. 13 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Telefónica Servicios Móviles, S.A.* y art. 21 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Autoridad Portuaria de Barcelona* y *Reglamento del Plan de Pensiones de la Autoridad Portuaria de Tarragona*) o del 5 por 100 (art. 26 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* y art. 28.2 del *Plan de Pensiones de Oncepensión I*).

¹⁹⁰⁴ De acuerdo con el art. 23 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Tubos del Mediterráneo, S.A.* “en caso de no haber representantes de los beneficiarios se incrementará mientras no los hubiere en la representación del promotor”. En idéntico sentido, el art. 28 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Tableros de Fibras, S.A.* (12 Marzo 2001). En estos casos, como se comenta más adelante, lo más acorde con el art. 22.3.c) RD 1307/1988 hubiera sido que la representación de los beneficiarios la asumieran los partícipes hasta que se produjera el primer beneficiario de pensiones. Por lo que tampoco tendría sentido la cláusula de algunos planes de pensiones consistente en dejar vacante, sin más, la representación de los mismos (art. 40.4 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de*

autorizaba al plan a crear un único colectivo de representantes de partícipes y beneficiarios, sin hacer mención a la entidad promotora¹⁹⁰⁵. En todo caso, la exigencia representativa antes mencionada se hacía merecedora de un juicio de reproche puesto que en algunos casos resultaba prácticamente imposible que el colectivo de beneficiarios pudiera ostentar algún tipo de representación. De manera general, el que los partícipes asuman la representación de los beneficiarios resulta una respuesta poco satisfactoria dadas las posiciones jurídicas distintas que ocupan partícipes y beneficiarios y, asimismo, poseer intereses que pueden llegar a ser contrapuestos¹⁹⁰⁶. De ahí que lo más apropiado hubiera sido garantizar siempre la representación de los beneficiarios por muy escasa que sea su presencia. No en vano podemos encontrar reglamentos de planes de pensiones que han adoptado esta solución¹⁹⁰⁷.

Precisamente, el inciso final del art. 7.2, párrafo primero TRLPFP no despeja los temores apuntados en la medida en que eleva a rango legal la posibilidad de que los partícipes puedan ostentar la representación de los beneficiarios del plan de pensiones. Por lo que partícipes y beneficiarios podrían actuar como un colectivo único en función de que los segundos no ostenten la presencia requerida en el plan o así se haya establecido, con carácter general, en las especificaciones del mismo [art. 30.1.b) RFPF (RD 304/2004)]. Se confirma, de este modo, el que a partir de ahora los reglamentos de planes admitan tan sólo dos colectivos en el seno de la comisión de control, el de los partícipes y promotores, de manera que en cualquier caso los beneficiarios siempre estarían representados por los partícipes, con independencia de que aquéllos tengan más o menos presencia en el plan. Esta última posibilidad parece confirmarse por los cambios introducidos por algún plan en sus especificaciones¹⁹⁰⁸. Por otro lado, habría que apuntar el mandato legal y reglamentario de que los beneficiarios se harán cargo de la representación de los partícipes cuando en el desarrollo del plan éste se quedara sin su presencia [arts. 7.2, último párrafo TRLPFP y 30.1.b), último párrafo RFPF].

Empleados de la Caja Provincial de Jaén y el art. 34.3 del Reglamento del Plan de Pensiones del Excmo Ayuntamiento de Santa Pola).

¹⁹⁰⁵ Del mismo modo, el art. 30.1.b), párrafo 2º RFPF (RD 304/2004) alude tan sólo a que sean los partícipes los que ostenten la representación de los beneficiarios del plan.

¹⁹⁰⁶ Al respecto, *vid.* SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 634-635.

¹⁹⁰⁷ Así, el párrafo 2º del art. 40 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Petróleo* (Enero 1998) garantiza la presencia de los beneficiarios en la comisión de control con un representante, el cuál pasará a la representación de los partícipes por ausencia de beneficiarios, pero con la salvedad de que cuando se produzca el primer beneficiario de pensiones, éste sustituirá a dicho representante de los partícipes por el período que reste de mandato. Idéntica previsión contempla el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Banco de España* (11 Diciembre 2001) en el párrafo 3º del art. 39.

¹⁹⁰⁸ Así, el *Plan de Pensiones de los Empleados de las Empresas del Grupo Estrella* en su art. 13.2 hace que los partícipes ostenten la representación de los beneficiarios.

Finalmente, es necesario hacer mención de la representación específica en la comisión de control de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios de cada uno de los subplanes. Así, mientras que el RD 1307/1988 venía a garantizar que cada uno de los subplanes tuviera su reflejo representativo en la comisión de control [art. 22.3.a), párrafo 2º)], el TRLPFP y también el RFPF actualmente en vigor convierten esta cuestión en algo facultativo para el plan¹⁹⁰⁹. De ahí que las especificaciones de los planes de pensiones cumplieran con el mandato de la anterior norma reglamentaria otorgando representación a cada uno de los subplanes existentes en el plan¹⁹¹⁰. Es evidente, que con la nueva previsión legal esa representación específica para cada uno de los subplanes ya no tiene porque respetarse, por lo que nos podemos encontrar con una situación ciertamente alarmante ya que un colectivo determinado adscrito a un subplan podría ostentar la representación del conjunto de los partícipes en el seno de la comisión. De este modo, ya no se entendería vigente la previsión contenida en el art. 22.3.d) i, párrafo 2º RD 1307/1988 por la cuál se obligaba a un reparto proporcional de la representación de los partícipes y/o beneficiarios según el número de integrantes de cada subplán. Con ello, se trataba de favorecer la presencia de todos los subplanes pese a que, como es lógico, su mayor o menor representación quedaba determinada en función del número de partícipes adscritos al subplan correspondiente. Es el caso de las especificaciones de algunos planes de pensiones que prevén un porcentaje mínimo de partícipes adscritos al subplan, calculado sobre el total de partícipes presentes en el plan, de manera que una vez alcanzada esa cifra de participación, el subplan contaría con el representante correspondiente en la comisión de control¹⁹¹¹, en detrimento de otros subplanes o incrementando el número de miembros de la misma.

1.2. El procedimiento de designación o elección de los miembros de la comisión de control

Uno de los principios informadores del órgano de supervisión del plan, al cuál nos hemos referido con anterioridad, es el relativo a la libertad

¹⁹⁰⁹ El párrafo 2º del art. 7.2 TRLPFP establece que los planes de pensiones del sistema de empleo “podrán prever” la representación específica en la comisión de control de los partícipes, y en su caso de los beneficiarios, de cada uno de los subplanes que se definan dentro del mismo plan. Del mismo modo, el art. 30.1.b), párrafo 3º RFPF.

¹⁹¹⁰ Véanse, entre otros, el *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja San Fernando de Sevilla y Jerez* (Mayo 1998); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Confederación Española de Cajas de Ahorros* (9 Septiembre 1998); *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja de Ahorros de Asturias (Pecajastur)* (3 Septiembre 1996) y las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja Provincial de Jaén* (Febrero 1998).

¹⁹¹¹ Se trata de una opción que ha tenido su traslado a algún reglamento, en concreto en el *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Refinados de Aluminio, S.A.* (14 Junio 2001) que en su art. 48.1 prevé que el Subplán II pueda contar con un representante en la Comisión de Control en detrimento del Subplán I, cuando el número de partícipes adscritos al mismo alcance el 25 por 100 del total.

organizativa de que gozan los sujetos constituyentes del sistema de previsión. Pues bien, en este punto, referido al procedimiento de designación o elección de los miembros de la comisión de control, dicho principio se reconoce expresamente en la propia norma reglamentaria, al hacer ésta responsable a las especificaciones del plan de la regulación de dicha materia (art. 31.1 RFPF). Por tanto, corresponde a las partes negociadoras del contrato de previsión determinar las reglas relativas a la forma de hacer efectiva la designación o elección de los componentes de aquél órgano.

Así, como se tendrá ocasión de comprobar, la primera de las decisiones que corresponderá adoptar a los sujetos negociadores es la referida al sistema de determinación de los miembros de la comisión de control, lo que supone optar por alguna de las alternativas siguientes: por el procedimiento de designación colectiva, con intervención de la comisión de negociadora del convenio y/o de los representantes de los trabajadores, pudiendo recaer tal designación en personas distintas de los partícipes o beneficiarios del plan; o por el sistema electoral, con participación directa de los partícipes, siendo éstos los electores y elegibles del proceso¹⁹¹². Con la primera de las opciones señaladas, al igual que ocurría en el caso de la formación de la comisión promotora del plan, se trata de aprovechar las instituciones propias de la negociación colectiva en estricta correspondencia con el objetivo de favorecer un mayor protagonismo de ésta en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo. Con el reconocimiento de esta vía de designación por parte de la Ley 24/2001 con intervención de la autonomía colectiva se abre una nueva etapa caracterizada, como ya se dijo, por una mayor vinculación del instrumento de previsión a la negociación colectiva.

En atención a ello, y teniendo en cuenta las diferencias que a primera vista ambos sistemas presentan, resulta obligado efectuar un análisis por separado de ambas opciones. Igualmente, las particularidades que en este punto ofrecen los planes de promoción conjunta aconsejan su tratamiento en otro apartado. Antes de todo ello, conviene dejar constancia de dos aspectos de especial trascendencia. El primero, se refiere a la incidencia que en el sistema de representación de los planes de pensiones del sistema de empleo puede tener la regla de que el promotor individual pueda ostentar simultáneamente la condición de promotor y partícipe del plan. Como cabe imaginar, esta dualidad en la posición jurídica del empresario exigía resolver el problema de su eventual participación en el órgano de supervisión a través de ese doble título¹⁹¹³. La posibilidad de que aquél

¹⁹¹² Algún autor ha sugerido una tercera opción, no reconocida expresamente en la normativa legal o reglamentaria, en concreto, la de la transformación de la comisión promotora en órgano de control. *Vid.*, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 645.

¹⁹¹³ ROMERO BURILLO, A. M.^a: “El nuevo Reglamento de Planes...”, *op. cit.*, p. 96.

podría instar la creación de un plan a favor de sus empleados con el incentivo de poder intervenir como partícipe no debía llevar a considerar que tal situación le iba a permitir poder actuar como elegible, elector o designable en el ámbito de la representación de los partícipes o beneficiarios. Cabe recordar aquí lo dicho en otro lugar con respecto al riesgo de sobrerrepresentación del empresario individual en la comisión de control¹⁹¹⁴ de permitirse que pueda hacer efectiva en dicho órgano su doble posición jurídica como partícipe y promotor. Con buen criterio, el art. 31.1, párrafo 2º RFPF se ha encargado de resolver este asunto de forma bastante rotunda al atribuir al empresario individual (por extensión al profesional independiente) promotor de un plan de empleo en el que pueda figurar como partícipe la condición de titular de derechos políticos y de representación en la comisión de control tan sólo por su condición de promotor, “no siendo designable, elegible, o elector en el ámbito de la representación de los partícipes o beneficiarios”.

Por último, y pese a que ambos sistemas de designación/elección se han presentado como dos opciones alternativas, hay que tener en cuenta que aún cuando el acuerdo de formalización del plan como sus especificaciones se hayan decantando por el procedimiento de designación, siempre será posible la aplicación del proceso electoral para el caso de los representantes de los partícipes y beneficiarios, en concreto, cuando tal designación no tenga lugar, pese a ser éste el procedimiento previsto en el plan. En otras palabras, de no existir una propuesta de la parte laboral de la comisión negociadora o de no alcanzarse el acuerdo de negociación colectiva necesario será preciso celebrar el proceso electoral correspondiente. Por todo ello, resulta preceptivo que las especificaciones de los planes de pensiones prevean las reglas del proceso electoral que, subsidiariamente, deben aplicarse como consecuencia de la falta de designación directa.

A) La designación con intervención de la autonomía colectiva

Tal y como se ha dejado apuntado en más de una ocasión, uno de los aspectos más importantes de la evolución normativa de los planes de pensiones del sistema de empleo es el relativo a la mayor vinculación entre la dinámica del régimen de previsión y la negociación colectiva. Este acercamiento entre la fuente de definición de los derechos de pensión complementaria, el convenio o acuerdo colectivo, y el instrumento de regulación de tales derechos, el plan de pensiones, tiene lugar de diversas formas, como ya se ha dicho, pero en lo aquí nos ocupa se ha producido a través del reconocimiento legal de un procedimiento de designación colectiva, vía comisión negociadora, vía acuerdo colectivo de eficacia

¹⁹¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 80.

general. De este modo, con este reforzamiento de la presencia de la autonomía colectiva en este punto se favorece una suerte de conexión entre el sistema privado de pensiones y el desenvolvimiento de las relaciones laborales.

En el ámbito legal, tal posibilidad se encuentra en el art. 7.2, párrafo 4° TRLPFP, el cuál deja en manos del plan la responsabilidad del establecimiento de procedimientos de designación colectiva, distinguiendo, a su vez, tres fórmulas: la primera, la que tiene como protagonista a la comisión negociadora del convenio que sirve de soporte al plan; la segunda, la que resulta del acuerdo adoptado por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa; y, la tercera, la que es fruto de la combinación de las dos anteriores. Esta última posibilidad remite a aquella situación prevista en el último párrafo del art. 31.2 RFPF en la que, una vez efectuada la designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por la comisión negociadora del convenio y así se prevé en la especificaciones del plan, las renovaciones o revocaciones posteriores de aquéllos se producirán por la mayoría de los representaciones de los trabajadores en la empresa. De este modo, de una designación colectiva inicial de la autonomía convencional se pasa a otra (revocación o renovación) efectuada por la representación de los trabajadores.

Con respecto a la primera de las opciones planteadas, la que tiene lugar en el seno de la comisión negociadora, cabe realizar las siguientes matizaciones. En primer lugar, hay que tener en cuenta la regla general prevista en el art. 31.2, párrafo 2° RFPF que establece, al igual que en el caso de la comisión promotora, la necesidad de que cada parte designe, respectivamente, “a los miembros de la comisión de control representantes del promotor, y a los miembros representantes de partícipes y beneficiarios”. Estamos ante una solución de la que ya se dijo que permite resolver las dificultades que se podrían llegar a dar en el caso de tener que alcanzar un acuerdo en el seno de la comisión, con la posibilidad de vetos entre ambas partes. En atención a ello, por tanto, corresponderá a cada parte la designación de sus representantes.

Y así, tratándose de la comisión negociadora de convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior (esto es, de planes de promoción individual) y en lo que respecta a la designación de los representantes del promotor, cabe pensar que éstos serán designados libremente por él mismo en cada momento. Por su parte, los representantes de partícipes y beneficiarios deberán ser designados conforme algún tipo de criterio. De este modo, y recurriendo en analogía a la jurisprudencia existente respecto

a la constitución de la comisión negociadora de un convenio colectivo¹⁹¹⁵, podría resultar de aplicación, también en este punto, el criterio de la representación proporcional, esto es, que la elección de los miembros del banco social de la comisión de control del plan por la comisión negociadora no pueda resolverse acudiendo al sistema de mayorías vigente en ésta. Al contrario, será necesario respetar la proporcionalidad de las distintas candidaturas electorales que hayan alcanzado representación. En suma, todas ellas tendrán derecho, cuando menos, a participar en la designación.

Por otro lado, la segunda de las opciones con que cuenta el plan a efectos de la designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios en la comisión de control es la que resulta del acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Resulta obvio que en tal caso la elección de los representantes del promotor se habrá efectuado sin el sometimiento a ninguna regla, correspondiendo a aquél el ejercicio de la facultad de designar a sus representantes con total libertad. Por su parte, y con respecto a la designación que debe efectuar la parte social, cabe realizar las siguientes matizaciones. De un lado, el acuerdo que sirva de soporte a tal designación debe contar con el respaldo de la mayoría de las organizaciones sindicales con implantación en la empresa o en el ámbito del convenio, esto es, que la decisión de efectuar la designación de los miembros de la comisión de control directamente por el comité de empresa o los delegados de personal debe adoptarse por mayoría que represente, al menos, el 51 por ciento de la suma de los miembros de dichos órganos de representación. Ahora bien, dicho porcentaje debe entenderse como un mínimo legal, en el sentido de que no habría excesivos problemas en admitir que las especificaciones de los planes pudieran exigir a estos efectos algún tipo de mayoría cualificada. Por otro lado, cabe pensar que en el acuerdo que recoge la voluntad colectiva de aplicar el procedimiento de designación directa deberá determinarse el modo concreto de efectuar tal designación¹⁹¹⁶, el cuál podría llevarse a cabo teniendo en cuenta el grado de representación de cada organización sindical presente en los órganos unitarios de representación de los trabajadores. Para determinar la referida proporción, lo habitual será considerar los resultados de las elecciones sindicales celebradas con anterioridad al

¹⁹¹⁵ Son decisivas las SSTS 30 octubre 1995 (RJ 1995, 7930) y 31 octubre 1995 (RJ 1995, 7937). *Vid.*, al respecto, RIVERO LAMAS, J.: “Comentario al art. 88 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al...*, *op. cit.*, pp. 958-964.

¹⁹¹⁶ Nada dicen las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002) ni las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra* (Diciembre, 2002) limitándose a señalar que los representantes de los partícipes y beneficiarios serán designados y revocados por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores.

momento de la designación¹⁹¹⁷. En todo caso, tampoco cabría descartar que los candidatos a ocupar el banco social del órgano de supervisión de los planes fueran designados por las organizaciones sindicales mayoritarias en el ámbito de la representación unitaria correspondiente, excluyendo, por tanto, a las minorías. Aunque, nada impediría en este punto que se pudiera rechazar el criterio de la proporcionalidad.

Por otro lado, y en idéntico sentido a lo previsto para la comisión promotora, tanto en el caso de la designación directa por la comisión negociadora, como en el supuesto de elección por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa, se prevén tres reglas básicas: de un lado, que las personas designadas para formar parte del órgano de supervisión del plan no han de ser partícipes necesariamente (art. 31.2, párrafo 3º RFPF); de otro lado, que la designación podrá coincidir total o parcialmente con los miembros de la comisión negociadora o, en su caso, de los representantes de los trabajadores en la empresa (art. 31.2, párrafo 3º RFPF); y, por último, que la designación efectuada va a poder ser revocada en cualquier momento por las partes respectivas, que designarán los sustitutos (art. 31.2, párrafo 4º RFPF), teniendo en cuenta, además, que para el caso de que la designación se haya llevado a cabo por la comisión negociadora del convenio ésta podrá acordar que las renovaciones o revocación de los miembros se realicen, en su caso, por las partes respectivas en la comisión de seguimiento del convenio, es decir, por la comisión paritaria (art. 31.2, párrafo 5º RFPF) o que, como ya se dijo, si así lo acuerda dicha comisión negociadora o lo prevén las especificaciones del plan, se renueven o revoquen “por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa” (art. 31.2, último párrafo RFPF).

Con respecto a las dos primeras reglas apuntadas, cabe llamar la atención acerca de las posibilidades con que cuenta el plan a efectos de la definición del sistema de representación en el seno de la comisión de control. De un lado, se podría optar por otorgar un perfil profesionalizador a los integrantes del órgano de supervisión del plan en perjuicio del principio de la participación directa de los interesados (partícipes)¹⁹¹⁸. Por

¹⁹¹⁷ Sirva de ejemplo lo previsto en la Disp. Adic. 1ª de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los empleados de Unicaja* que en su aptdo, 3º establece que “con antelación de un mes respecto a la fecha de término del mandato de la Comisión de Control procederá calcular el porcentaje de representación ostentado por cada organización sindical, mediante el siguiente cálculo: SUMA de delegados de personal y miembros de Comités de Empresa electos por las candidaturas presentadas por dicha Organización Sindical en las elecciones sindicales celebradas. Dividido entre SUMA TOTAL de delegados de personal y miembros de Comités de Empresa electos en las elecciones sindicales celebradas. A efectos del cálculo, se considerarán los resultados de las elecciones sindicales celebradas durante los 1.460 días inmediatamente anteriores a la fecha del cálculo”. En la misma línea, el *Acuerdo para la renovación de la Comisión de Control del Plan de Pensiones y Fondo de Pensiones, Sistema de Empleo de BBVA* (13 diciembre 2005).

¹⁹¹⁸ Tal posibilidad se deducía del anterior RFPF (RD 1307/1988), dado que únicamente se establecía que la comisión de control debía estar compuesta por representantes de los partícipes, beneficiarios y

el contrario, y si así se prevé en las especificaciones de aquél, cabe la posibilidad de se haga prevalecer el criterio de pertenencia al plan a los efectos de la participación como miembro de la comisión de control, descartando, de esta forma, la intervención de terceras personas, con el consiguiente reforzamiento del principio participativo-democrático¹⁹¹⁹. Incluso, cabe llamar la atención de aquella otra opción que puede llegar a asumir el plan, como es la de una comisión de control compuesta predominantemente por sujetos colectivos, siendo indiferente el que tales representantes sean o no partícipes o beneficiarios del plan.

En fin, antes de pasar al análisis de la segunda de las opciones, convendría realizar un último apunte, a saber, el de los riesgos que puede llegar a tener el paso de un sistema electivo a otro de designación con respecto a los representantes de los partícipes y los beneficiarios en la comisión de control. Se ha defendido aquí esta vía de intervención de la autonomía colectiva, puesto que permitirá una mayor vinculación entre la fuente de definición de los derechos de previsión y su instrumento de regulación. Ahora bien, ello no es óbice para que se deje constancia de las insuficiencias que dicho cambio puede llegar a suponer desde el punto de vista de la representatividad sindical. Y es que cabe pensar en aquella situación en la que se opte por el sistema de designación directa vía acuerdo colectivo, en detrimento del proceso electoral correspondiente, con el objeto de posibilitar un blindaje absoluto de la comisión de control por las fuerzas sindicales que cuenten con mayor presencia en los órganos unitarios de representación.

B) El sistema electoral con participación directa de los interesados

La segunda de las opciones prevista para determinar los integrantes de la parte trabajadora de la comisión de control es la única que originariamente venía establecida en el anterior RFPF (RD 1307/1988) y que consistía en la celebración de elecciones. Una opción, la del proceso electoral, que fue, por tanto, la utilizada por los planes de pensiones preexistentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/2001.

En la actualidad, tal sistema se mantiene como tal y se aplicará en dos casos: en primer lugar, cuando no se prevea por el plan algunas de las formas de designación directa, vía comisión negociadora, vía acuerdo

promotores, lo que debía interpretarse como que tales representantes no había de ser miembros de los colectivos de referencia, salvo que el reglamento del plan dijera otra cosa, pudiendo ser, por tanto, terceras personas (MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 101).

¹⁹¹⁹ Un ejemplo en el art. 42.4 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo de Multicaja* (28 febrero 2006) que indica que “para ser miembro de la Comisión de Control del Plan habrá de ser Partícipe en activo (...)”.

colectivo; y, en segundo lugar, pese a haberse previsto la aplicación del procedimiento de designación correspondiente, éste no llegue a producirse en la práctica. Nótese que en todo momento se está haciendo referencia a la elección de representantes de partícipes y beneficiarios, y ello porque la designación de los representantes del promotor no se somete a ninguna regla, siendo la entidad promotora la que deberá decidir libremente sobre su propia representación, así como sobre la posible revocación de los miembros elegidos¹⁹²⁰. A ello se refiere, por lo demás, el art. 31.3.c), último párrafo RFPF quién atribuye al promotor la facultad de designar y revocar a sus representantes en la comisión de control en cualquier momento, mediante comunicación dirigida a ésta.

Por otro lado, y antes de pasar al análisis del proceso electoral, conviene tener en cuenta que corresponderá a las especificaciones de los planes desarrollar pormenorizadamente las reglas aplicables a aquél, y ello si tenemos en cuenta que el art. 31.3 RFPF únicamente exige que dicho proceso se realice conforme a una serie de criterios generales. En todo caso, a nadie se oculta que una forma de paliar esta exigencia de concreción de los aspectos aplicativos del proceso electoral correspondiente puede producirse vía remisión normativa, señaladamente a lo previsto para los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Es decir, cabe la posibilidad de que los propios reglamentos de planes de pensiones admitan sin ningún tipo de problemas el que las normas que regulan este proceso se constituyan en derecho supletorio de aquél¹⁹²¹.

Pasando ya al análisis del régimen jurídico previsto en relación al proceso electoral aplicable, conviene destacar, de entrada, una de las cuestiones más relevantes del mismo, a saber, la relativa a quiénes pueden ser elegibles o, lo que es lo mismo, quiénes pueden actuar como representantes en la comisión de control, lo que plantea, a su vez, dos interrogantes a los cuáles hay que dar respuesta. El primero tiene que ver, como ya se recordó, con el hecho de que el anterior RFPF (RD 1307/1988) no establecía como requisito ineludible el que los representantes de los

¹⁹²⁰ Parece que, en principio, esta libertad de decisión podría limitarse, en el sentido de que se pudiera prever en las especificaciones del plan que de los representantes del promotor al menos uno debiera ser partícipe (art. 16.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España*) o, incluso, que todos ellos ostenten la condición de partícipes [art. 35.2) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de la Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.*] No se alcanza a entender esta cláusula con claridad, dado que lo más normal será que el promotor designe para este cargo a una persona de confianza, siendo lo más probable que sea ajena a la empresa.

¹⁹²¹ *Vid.*, Art. 15.ñ) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Telefónica Servicios Móviles, S.A.* (12 Diciembre 1996); el inciso final del art. 31.2 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Eléctrica de Canarias II, S.A., Sociedad Unipersonal* y art. 21.13 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Credit Agricole Indosuez "Sucursal en España"* (22 diciembre 1997).

partícipes y beneficiarios tuvieran que gozar necesariamente de tal condición, lo que suponía que no habría ningún obstáculo para admitir que los miembros de la comisión de control pudieran ser personas ajenas al plan de pensiones. Se estaba pensando, lógicamente, en profesionales cualificados que tendrían encomendadas las funciones de representación de cada uno de los colectivos. Siendo esto así, parece que los reglamentos de planes de pensiones dieron la espalda a esta posibilidad y prefirieron entender que las personas elegibles como representantes en la comisión de control debían ser necesariamente partícipes o beneficiarios del plan¹⁹²². En todo caso, el hecho de que las propias especificaciones de los planes califiquen los cargos de la comisión como no retribuidos, en consonancia con lo previsto legalmente para los miembros de la del fondo (art. 14.4 TRLPFP), hace difícil que se de esta posibilidad¹⁹²³. A lo sumo, podíamos encontrar algún plan que preveía la participación en la comisión de control de asesores externos que tenían voz pero no derecho al voto¹⁹²⁴. En todo caso, el vigente art. 31.3.a) párrafo 1º RFPF establece ya un mandato claro e indubitado de que “serán elegibles los partícipes del plan”, excluyendo, en su caso, a los partícipes en suspenso por extinción o suspensión de la relación laboral, si así se ha previsto en las especificaciones del mismo¹⁹²⁵. Como es lógico, también se consideran elegibles los beneficiarios “siempre que, conforme a las especificaciones, les corresponda una representación específica en la comisión de control” [art. 31.3.a), párrafo 2º RFPF]. Aún cuando no les corresponda se prevé que éstos puedan ser elegibles, “salvo que las especificaciones les excluyan de tal condición o la condicionen a que alcancen el número o porcentaje del colectivo total previsto en aquéllas a tal efecto” [art. 31.3.a), párrafo 3º RFPF].

A esa condición de ser miembro del colectivo al que se va a representar, según lo previsto en las especificaciones de los planes de pensiones, es necesario añadir una exigencia contenida en el art. 31.4

¹⁹²² Así, entre otros, el párrafo 5º del art. 40 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Petróleo* (Enero 1998) establece que “los candidatos deberán ser miembros del colectivo al que pretendan representar, es decir, partícipes o, en el caso del representante de los beneficiarios, perceptores de pensiones en curso de pago”. En idénticos términos, párrafo 4º del art. 39 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo para Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.A.* (24 Abril 1997); art. 40 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Diputación Provincial de Huelva* (Octubre 1999) y art. 49 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA*.

¹⁹²³ Aún cuando no se establezca remuneración alguna para estos cargos, los planes sí prevén el abono de algún tipo de compensación económica por los gastos derivados de su participación en reuniones. En concreto, los que se pueden originar como consecuencia del cumplimiento de sus funciones, así como de las gestiones que por encargo de la comisión tengan que realizar. Lógicamente, estos cargos se detraen del propio plan.

¹⁹²⁴ Las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano, S.A.* (29 Mayo 2000) establece en su art. 48 que podrán asistir a las reuniones de la comisión de control los asesores de cualquier clase de que se haya dotado el plan, así como los representantes de las entidades gestora y depositaria, teniendo voz, pero no voto.

¹⁹²⁵ Cabe recordar aquí la crítica realizada más arriba a la previsión contenida en algunos planes respecto de la exclusión de la condición de elegible de dicha comisión de control de los partícipes en suspenso.

RFPF. En efecto, este precepto establece una doble condición para poder ser miembro de la comisión de control, y es que no se podrá ostentar, directa o indirectamente, una participación en una entidad gestora de su fondo de pensiones, superior al 5 por 100 del capital social, ni tampoco se podrán adquirir acciones de la misma durante el desempeño de su cargo en tal comisión. De mediar esta adquisición, se deberá producir el cese. Estas exigencias se hallan ligadas a la necesidad de garantizar la independencia de la comisión de control en su función fiscalizadora y, en buena lógica, es normal que deban de quedar al margen de la comisión aquellos sujetos que participan de una manera significativa en el capital de la entidad gestora¹⁹²⁶. Sobre esta cuestión, sin embargo, planea un aspecto no resuelto por la norma y que tiene su reflejo en las especificaciones de los Planes de Pensiones. Se trata de hasta donde alcanza esa prohibición, especialmente si se trata de una participación indirecta en la Entidad Gestora. En este sentido, cabría preguntarse si es suficiente la interpretación por la cual la prohibición contenida en el art. 31.4 RFPF sólo hace referencia a la participación propia del representante en el capital de la entidad gestora, y no a una posible participación por cuenta de otros sujetos¹⁹²⁷. Cuestión, por tanto, que debería tener una respuesta en los reglamentos de los planes de pensiones al objeto de que fueran éstos los que establecieran las limitaciones pertinentes de manera que se pudieran evitar situaciones de coincidencia total o parcial entre el patrimonio del promotor y la entidad gestora según sea el grado de participación del primero en el capital social del segundo¹⁹²⁸. Llámese la atención de que las especificaciones de los planes de pensiones se limitan a reproducir el contenido del art. 31.4 RFPF por lo que se hacen necesarias propuestas que eviten situaciones en las que los representantes en la comisión de control se conecten de modo evidente con los intereses económicos de la entidad depositaria.

Por lo que respecta al proceso electoral en sí, conviene destacar algunos aspectos del mismo dada su importancia, teniendo en cuenta, además, que las especificaciones de los planes reproducen el esquema básico previsto en el art. 31.3. RFPF, completándolo, como se dijo

¹⁹²⁶ ROMERO BURILLO, A. M.^a: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 397.

¹⁹²⁷ Como se recordará, sobre esta cuestión ya ha habido un pronunciamiento jurisprudencial a favor de entender que la vinculación como afiliados que mantenían los miembros de la Comisión de Control con los sindicatos UGT y CCOO que sí participaban con más del 5 por 100 en el capital de la Entidad Gestora de su Fondo no es suficiente para que quede acreditada la causa de incompatibilidad del anterior art. 22.4 RD 1307/1988 (hoy art. 31.4 RFPF) [SAN 30 junio 1997 (*AS* 1997, 2275)]. Un análisis pormenorizado de dicha resolución se pueden encontrar en ROMERO BURILLO, A. M.^a: “Los planes de pensiones en el sistema...”, *op. cit.*, pp. 114-116.

¹⁹²⁸ De ahí que para REGUERO CELADA, se pueda dar el caso de que la entidad promotora pueda convertirse al mismo tiempo en la entidad depositaria del Fondo transformándose este último en unas reservas contables adscritas a las misma empresa, y de las cuales se hará utilidad para su actividad normal, no existiendo la posibilidad de desglosar de los activos totales de la empresa los afectos a la cobertura de las prestaciones sociales como una obligación de la empresa de cara a un futuro a largo plazo (“Aspectos jurídico-laborales de...”, *op. cit.*, p. 235).

anteriormente, con las disposiciones generales que resulten aplicables relativas a las elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa¹⁹²⁹.

En primer lugar, hay que hacer constar que el RFPF no señala expresamente quién debe realizar la convocatoria de las elecciones. No hay, por tanto, indicación alguna acerca de quién debe asumir aquella iniciativa. Cabe pensar, en este sentido, que lo más lógico será que tal prerrogativa corresponda a la comisión promotora, si es la primera vez y, posteriormente, a la propia comisión de control, que, al mismo tiempo, fijará el calendario de todo el proceso electoral¹⁹³⁰. Precisamente, de ese proceso cabe recordar el establecimiento de dos colegios electorales, uno de partícipes y otro de beneficiarios, con la salvedad, ya comentada, de que pueda darse el caso de que exista un único colegio al no tener alguno de ellos suficiente presencia en el plan [art. 31.3.b), párrafo 2º RFPF]. Además, cuando se haya previsto la representación específica en la comisión de control de cada uno de los subplanes articulados en el plan, se formarán los respectivos colegios de los colectivos adscritos a cada subplan, para la elección de los representantes específicos de cada subplan [art. 31.3.b), último párrafo RFPF]. Con respecto a los electores, habrá que tener en cuenta que éstos podrán ser “todos los partícipes del plan con independencia de que realicen o no aportaciones, siempre que mantengan sus derechos consolidados en el plan” [art. 31.3.b) RFPF], incluyendo a los beneficiarios cuando, de acuerdo a las especificaciones del plan, les corresponda una representación específica en la comisión de control [art. 31.3.b), párrafo 2º RFPF]. En cualquier caso, de no contar con una representación propia, “los beneficiarios también podrán ser electores si así se prevé en las especificaciones, cualquiera que sea su número o cuando alcancen el número o porcentaje del colectivo total del plan previsto en dichas especificaciones a tal efecto” [art. 31.3.b), párrafo 3º RFPF].

Con respecto a los posibles candidatos, conviene poner de manifiesto la evolución normativa que ha experimentado esta cuestión. En primer lugar, el anterior art. 22.3.d),ii), RFPF (RD 1307/1988) exigía que la presentación de las listas contara con el aval de un número de firmas de electores superior al 15 por 100 del total de integrantes de cada colegio electoral¹⁹³¹. Asimismo, tales listas también se podían presentar por los sindicatos de trabajadores legalmente constituidos. Este criterio, recogido

¹⁹²⁹ Especialmente, el RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (BOE 13 septiembre 1994)

¹⁹³⁰ Por todos, art. 43.2.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja Insular de Ahorros de Canarias*.

¹⁹³¹ Para la presentación de candidaturas, algún Reglamento vino a exigir un número de firmas de electores por encima del porcentaje aludido, esto es, del 20 por 100 (art. 37 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Servicios de la Comarca de Pamplona*).

por lo demás en las especificaciones de los planes, suscitaba ciertas dudas con respecto a si el aval de firmas previsto para la presentación de candidaturas por los partícipes y/o beneficiarios era aplicable a la lista que presentara un sindicato. Se trataba de una cuestión a la que no aludía el anterior RPPF (RD 1307/1988) y que había que entender resuelta en favor de eximir de este condicionamiento a la representación sindical. Esta interpretación es la que se trasladó a las especificaciones de los planes de pensiones que no vinieron a exigir el citado aval cuando las candidaturas estuvieran respaldadas por un sindicato de trabajadores legalmente constituido¹⁹³². En todo caso, más discutible era el que hubiera reglamentos que exigieran que los sindicatos que presentaran listas de candidatos debían ostentar representación en el ámbito de la empresa promotora¹⁹³³, o tuvieran constituidas secciones sindicales en la misma¹⁹³⁴ o, incluso, les exigiera tener la condición de más representativos¹⁹³⁵. De acuerdo con el tenor literal del ya derogado art. 22.3.d), ii) RD 1307/1988 se debían haber eliminado esos condicionantes, puesto que la norma hacía referencia a “sindicatos legalmente constituidos”, sin más. Y ello con independencia de que quiénes ostentan la representación unitaria en la empresa o tengan constituidas secciones sindicales son los que mayor interés tienen en la organización y funcionamiento del plan. Precisamente, y teniendo en cuenta los problemas suscitados con la ambigua previsión reglamentaria anterior, hoy esta cuestión ha quedado definitivamente resuelta con el vigente art. 31.3.a), párrafos 4º y 5º RPPF, al menos en lo atinente a garantizar que un sindicato pueda avalar candidaturas como en la presentación directa de candidatos partícipes y, en su caso, de candidatos beneficiarios, eximiendo en este caso del cumplimiento del requisito del aval. Por lo demás, y con respecto a este condicionante, se ha pasado del 15 al 10 por ciento de firmas exigibles para el aval de candidaturas no sindicales [art. 31.3.a), último párrafo RPPF]¹⁹³⁶.

Otro de los aspectos que es destacado por la norma reglamentaria respecto al proceso electoral es el referido al sistema de voto. Pese a que es

¹⁹³² Podemos encontrar, incluso, la mención expresa de que los sindicatos no requieran el citado aval [art. 52.2.d) de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano, S.A.* y art. 33.2.e) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Deutsche Bank, S.A.E.*]. No cabría admitir la previsión de algún reglamento en la que tan sólo se hace referencia a la lista de candidatos avalada por los electores [art. 8.2.b) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de ENUSA Empresa Nacional del Uranio, S.A.*].

¹⁹³³ Art. 31 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus sociedades filiales* y art. 44.2.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Personal de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja*, (22 Octubre 1999).

¹⁹³⁴ Art. 31.3.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Cervezas Mahou, S.A.* (Agosto 2001) y Disp. Adic 5ª del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Distribución* (Enero 1998).

¹⁹³⁵ Art. 32.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Cerestar Ibérica* (3 Junio 1997).

¹⁹³⁶ Aunque nada diga el RPPF parece necesario que la lista de candidatos cuente con un sustituto para el supuesto de que se produzca su baja en el plan antes de que finalice el plazo para el que se presenta o, en su caso, se presente la dimisión.

el propio RFPF quién remite la regulación de tal cuestión a las reglas que las partes negociadoras quieran otorgarse [art. 31.3.c) RFPF], no se resiste dicha norma a establecer un criterio de especial trascendencia a seguir por los planes, a saber, el que “en ningún caso el voto podrá ponderarse por los derechos económicos atribuibles a cada elector o a sus colegios o colectivos” [art. 31.3.c), párrafo 3º RFPF]. Resulta ésta una regla de suma importancia, dado que se trata de evitar con ella la existencia de votos cualificados en atención a criterios de índole económica difíciles de sostener en un sistema legal como el de los planes de pensiones donde rige el principio general de discriminación, lo que como se verá, contrasta con lo previsto para la comisión de control del fondo.

Por último, cabe hacer alusión a la duración del cargo de miembro de la comisión de control, a la renovación del mismo y a si los reglamentos de planes de pensiones han previsto para los representantes de partícipes y/o beneficiarios algún tipo de garantías para el adecuado ejercicio de sus funciones. En cuanto a lo primero, nada decía el RD 1307/1988, exigiendo tan sólo que la renovación de los representantes se realizara por mitades, lo que suponía que la mitad de los componentes electos en el primer proceso de constitución de una comisión de control debían ser renovados a los dos años [art. 22.3.f) RD 1307/1988]. Sin embargo, tampoco se hacía alusión a quiénes eran los que debían ser renovados en primer término y con qué criterio, de ahí que fueran las especificaciones de los planes las que se encargaran de concretar este extremo. De modo, que lo más habitual era que con respecto a la duración del mandato éste fuera de cuatro años y que la primera renovación por mitades de la comisión de control se efectuara por acuerdo o por sorteo entre los miembros de cada uno de los grupos que los componen¹⁹³⁷. Finalmente, la duración del mandato de los miembros de la comisión de control prevista en las especificaciones de los planes ha terminado por incorporarse al nuevo Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, puesto que el art. 30.3 RD 304/2004 establece un nombramiento de los mismos por un período máximo de cuatro años, aunque se deja abierto el proceso de reelección o renovación, no imponiendo un límite en el número de mandatos.

Por lo que respecta al establecimiento de un régimen de garantías en favor de los representantes de partícipes y/o beneficiarios, las

¹⁹³⁷ Entre otros, art. 31 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Gas Aragón, S.A.*; art. 34 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A.*; art. 43.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Caja de Ahorros del Mediterráneo* (Septiembre 1999); art. 40 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Gas Natural Cantabria SDG, S.A.*; art. 40 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Distribución* (Enero 1998); art. 44.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja Insular de Ahorros de Canarias*; art. 43.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Caja de Ahorros de Asturias (Pecajastur)* (3 Septiembre 1996) y art. 31 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus sociedades filiales*.

especificaciones de los planes de pensiones son remisos a la hora de reconocer algún sistema de derechos y garantías para el mejor desarrollo de su labor de representación. Lo que obliga a plantearse si es posible que a los representantes de los partícipes y beneficiarios en el seno de la comisión de control, en el supuesto de ser trabajadores en activo, les resultaría de aplicación el conjunto de las garantías previstas en el art. 68 ET. A nuestro entender se trataría de un aspecto a incorporar en los reglamentos correspondientes de planes de pensiones sobre todo en aquellos que cuenten con un volumen importante de partícipes y beneficiarios, lo que redundaría en un mejor desarrollo de las funciones que le son propias. En todo caso, ya hay ejemplos en este sentido, dado que podemos encontrar planes que garantizan a los representantes de los partícipes y beneficiarios un crédito de horas suficiente para asistir a las reuniones que se celebren durante la jornada de trabajo, así como la previsión contenida en la letra c) del art. 68 ET, por la que no podrán ser sancionados ni despedidos por causa del ejercicio de las funciones de representación durante su mandato¹⁹³⁸. Incluso, algún reglamento reconoce al presidente de la comisión de control del plan, el mismo régimen de garantías que el establecido, legal y convencionalmente, en favor de los delegados sindicales¹⁹³⁹.

1.3. Las condiciones específicas de representación y designación/elección en los planes de promoción conjunta

Pese a que los planes de pensiones de promoción conjunta deban ajustarse a lo previsto para los planes de promoción individual en cuanto a la composición (paritaria, en general) y funcionamiento de la comisión de control (art. 41.1 RFPF), lo cierto es que el legislador ha querido otorgar a estas figuras de un tratamiento específico en este asunto. Una especial consideración que dio lugar a la aprobación por vía reglamentaria de un Capítulo X RD 1307/1988 en el que se incorporaba un precepto dedicado a regular la composición y funcionamiento de las comisiones de control de los citados planes (art. 77 RFPF), a lo que siguió la Ley 24/2001 que volvió a incidir en la ordenación de este tipo de planes, especialmente en lo que a la elección de los miembros de la comisión de control se refiere. En la actualidad, el art. 41 RFPF (RD 304/2004) desarrolla lo previsto legalmente en cuanto a la composición y sistemas de representación de la comisión de control y la elección de sus miembros.

¹⁹³⁸ Art. 47 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* (Noviembre 2002).

¹⁹³⁹ Art. 51.2 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S.A.* (BOE 11 febrero 2004).

En lo aquí interesa, cabe decir que los planes de pensiones de promoción conjunta cuentan con dos sistemas posibles de representación, conjunta o agregada, en la comisión de control de los colectivos de promotores, partícipes y beneficiarios, respectivamente, (art. 7.2, párrafo 3º TRLPFP). En la primera de ellas, el órgano de supervisión del plan estará formado por representantes que representen conjuntamente al colectivo de promotores, al de partícipes y, en su caso, al de beneficiarios del plan, respectivamente, sin diferenciar específicamente por empresas [art. 41.2.a), párrafo 2º RFPF]. Por el contrario, en el segundo, cada entidad promotora dispondrá de representantes propios correspondientes a cada colectivo de su plan [art. 41.2.b), párrafo 1º RFPF].

Como cabe imaginar, el segundo de los sistemas es el que más inconvenientes ofrece, dado que se hace necesario garantizar a cada entidad promotora al menos dos representantes, de los partícipes y del promotor¹⁹⁴⁰, lo que en planes de pensiones que agrupen a un número importante de empresas puede resultar perjudicial en cuanto a la dinámica de funcionamiento de la comisión de control. Además, la incorporación de nuevas empresas al plan exige de la necesaria integración en la comisión de representantes de los elementos personales de la misma -en un plazo no superior a 12 meses desde el acuerdo de admisión- [art. 41.2.b), párrafo 5º RFPF], lo que puede dificultar, aún más si cabe, el funcionamiento de este órgano, especialmente por la inestabilidad a que puede dar lugar la incorporación continua de nuevos miembros¹⁹⁴¹. Consciente de estas dificultades, la norma reglamentaria autoriza a las especificaciones del plan a que puedan asignar un número total de representantes en dicho órgano a cada empresa en función del número de partícipes y beneficiarios que ostente, teniendo en cuenta que, al igual que lo dicho para el sistema de voto, en tal reparto no pueden jugar consideraciones de índole económica referidas a cada promotor o colectivo [art. 41.2.b), párrafo 4º RFPF].

En cualquier caso, y teniendo en cuenta las dificultades operativas en las que pueden incurrir aquel tipo de representación, de las cuáles ya se destacaron algunas con ocasión del tratamiento de la comisión promotora en este tipo de planes, parece lógico pensar que lo más habitual será acogerse al sistema de representación conjunta¹⁹⁴². En éste se estará a lo

¹⁹⁴⁰ Hay que recordar aquí que el plan de pensiones puede prever que la representación de los beneficiarios la ostenten los partícipes [art. 41.2.b), párrafo 3º RFPF] o, incluso, exigir al colectivo de los beneficiarios un porcentaje mínimo de presencia en el plan para poder tener representación propia en la comisión de control [art. 30.1.b), párrafo 2º RFPF].

¹⁹⁴¹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 648.

¹⁹⁴² Es éste el sistema mayoritario entre los reglamentos de planes de pensiones de grupo de empresas consultados. Así, el *Reglamento del Plan de Pensiones del "Grupo Seguros Bilbao Empleados"*; las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Realía Business, S.A.* (Noviembre 2000); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002); el *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Grupo Hidrocantábrico*; el *Reglamento del Plan de Pensiones de los*

dispuesto reglamentariamente para el resto de planes de pensiones, con la salvedad importante de que la incorporación de nuevas empresas no debe alterar la composición de la comisión de control hasta su próxima renovación [art. 41.2.a), último párrafo RPPF]. Con esta medida, se dota a la comisión de control de estabilidad y se elimina el inconveniente apuntado para el sistema de representación agregada de que nuevas entidades se integran una vez comenzado el trabajo de la misma¹⁹⁴³.

Por último, la norma reglamentaria prevé dos vías para la determinación de los miembros de la comisión de control para este tipo de planes: un procedimiento de designación con intervención de la autonomía colectiva y otro de carácter electivo, ambos aplicables a los dos sistemas de representación, conjunta o agregada. El primero, operará, como no podía ser de otra manera, en aquellos planes de pensiones de empleo de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial, pudiendo ser, para el sistema de representación conjunta, la comisión negociadora y/o la representación de empresas y trabajadores en dicho ámbito las encargadas de efectuar aquélla (art. 41.3, párrafo 1º RPPF), y para el de representación agregada, los representantes de los trabajadores en cada entidad promotora por acuerdo de la mayoría de éstos. El segundo, tendrá lugar en el caso de que no se opte por la designación directa o previéndose no se produzca ésta para el supuesto de los representantes de partícipes y, en su caso, beneficiarios. En tal caso, se procederá a desarrollar el proceso electoral previsto en el apartado 3º del art. 31, con las siguientes particularidades: para el sistema de representación conjunta, se constituirán dos colegios electorales únicos que engloben a partícipes y, en su caso, beneficiarios [art. 41.4.a) RPPF]; para el de representación conjunta se establecerán por cada empresa un colegio de partícipes y, en su caso, otro de beneficiarios [art. 41.4.b) RPPF].

1.4. Competencias, funcionamiento y régimen de acuerdos de la Comisión de Control

Ya se dijo con anterioridad que a la comisión de control le corresponde un doble papel en el ámbito de los planes del sistema de empleo: de un lado, debe cumplir una función de fiscalización del correcto funcionamiento del plan y, de otro, debe servir de cauce participativo y de representación de los intereses de los colectivos integrantes del mismo. Junto a estos dos grandes cometidos, cabe igualmente enumerar otro tipo de funciones no menos importantes que aquélla debe asumir y que vienen

Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A. y las Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid (31 Mayo 2002).

¹⁹⁴³ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 649.

explicitadas legalmente. Asimismo, para la correcta ejecución de las susodichas funciones necesitará de unas normas de funcionamiento e, igualmente, deberá contar con unos criterios básicos para la adopción de los acuerdos pertinentes. Pues bien, a estas tres cuestiones –competencias, funcionamiento y régimen de acuerdos- nos referiremos a continuación, teniendo en cuenta que respecto de una de las funciones asignadas a éstos – la modificación eventual de las especificaciones del plan- nos ocuparemos en otro apartado.

Así, las competencias que corresponden a la comisión de Control vienen recogidas en el art. 7.1 TRLFPF. En concreto, son las siguientes: a) supervisar el cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo que se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios; b) seleccionar el actuario o actuarios que deban certificar la situación y dinámica del plan; c) nombrar los representantes de la comisión de control de plan en la comisión de control del fondo de pensiones al que esté adscrito; d) proponer y, en su caso, decidir en las demás cuestiones sobre las que la presente Ley le atribuye competencia; e) representar judicial y extrajudicialmente los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan. A ellas hay que añadir las previstas por el art. 29 RFPF en las letras c) –proponer y, en su caso, acordar las modificaciones que estime pertinentes sobre aportaciones, prestaciones u otras variables o aspectos del plan de pensiones, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 33- y d) – (...) supervisar la adecuación del saldo de la cuenta de posición del plan, en su respectivo fondo de pensiones, a los requerimientos del régimen financiero del propio plan-.

De esta enumeración cabe realizar las siguientes apreciaciones. De un lado, hay que dejar constancia que la relación de funciones previstas no es más que un haz competencial abierto que las propias especificaciones de los planes pueden ampliar en función de sus necesidades. Es decir, aquéllas se atribuyen, con carácter mínimo necesario, a la comisión de control del plan, de ahí que junto a las que le son asignadas legal y reglamentariamente habría que añadir otras que las propias especificaciones de los planes se encargan de concretar y que vienen a complementar a las anteriores¹⁹⁴⁴. Así, habría que incluir, entre otras, las siguientes: resolver la reclamaciones que le formulen los partícipes y beneficiarios; instar, en su caso, lo que proceda ante el fondo de pensiones o la entidad gestora; admitir los derechos consolidados de los partícipes provenientes de otros planes de pensiones, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos al efecto; acordar la movilización de la cuenta de posición del plan a otro fondo;

¹⁹⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 579. Por el contrario, para PORFIRIO, se trataría de una lista cerrada de funciones (“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, 1989, p. 51).

seleccionar la compañía aseguradora que, en su caso, pueda cubrir las prestaciones del plan cuando se paguen en forma renta; acordar la presencia en las reuniones de cualquier asesor, partícipe o beneficiario o tercer persona necesaria para el esclarecimiento de los temas a tratar y aprobar las solicitudes de préstamos de los partícipes y beneficiarios así como las condiciones para su concesión¹⁹⁴⁵. De otro lado, habría que tener en cuenta, igualmente, las peculiaridades que en este punto pueden presentar los planes de promoción conjunta. Así, la configuración específica de éstos fuerza la ampliación de las funciones de dicho órgano, fundamentalmente en dos cuestiones: de un lado, la aprobación de la incorporación de nuevas empresas y, de otro, la formalización de las modificaciones de los anexos que cada entidad promotora acuerde¹⁹⁴⁶. Además, esta extensión de funciones también puede tener lugar, según lo previsto por el art. 14.1.a), párrafo 3º TRLFPF, para el caso de un fondo uniplan, esto es, cuando el plan de pensiones sea el único integrado en un fondo de pensiones. En esta situación, la comisión de control del plan ejercerá las funciones de la comisión de control del fondo. Por último, habría que mencionar la posibilidad de que la citada comisión asuma una nueva función nada desdeñable. En concreto, se trata de aquella que le correspondería como consecuencia de la integración del plan en un fondo de pensiones domiciliado en otro Estado miembro y que consiste en velar por la adecuación de las especificaciones y del desarrollo del plan a las disposiciones de la legislación social y laboral española (art. 45.1, párrafo 2º TRLFPF) a las que, por cierto, se refiere el art. 43.2 TRLFPF.

Como se ve, de las competencias que se han enumerado, las cuáles se ven claramente ampliadas en la práctica negociadora, se desprende que aquéllas sobrepasan las que en sentido estricto serían calificables de funciones de control¹⁹⁴⁷. No sólo en el caso más evidente de que la comisión de control ejerza las funciones asignadas a la comisión de control del fondo, las cuáles, por lo demás, son auténticas facultades de gestión sobre el funcionamiento del fondo, sino también con respecto al resto de cometidos que le son propios. Y es que cabría considerar que el poder jurídico de supervisión del funcionamiento del plan que se confiere a aquel

¹⁹⁴⁵ Art. 40 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Agribands Europe, S.A.*; art. 29 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Tubos del Mediterráneo, S.A.*; art. 29 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Oncepción I* (29 Octubre 1999); art. 23 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.* (1 Enero 2001) y art. 20.6 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Central Nuclear de Trillo 1, A.I.E.*

¹⁹⁴⁶ Art. 25, letras h) e i) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Caja Madrid* (31 Mayo 2002) y art. 30, letras e) y f) del *Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A.*

¹⁹⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 581.

órgano excede la más débil función de control de todo el sistema previsor¹⁹⁴⁸.

Por lo demás, y con respecto al funcionamiento interno de la comisión de control, rige, de manera general, el principio de libertad organizativa, al que se ha hecho alusión con anterioridad [*cf.* art. 6.1.b) TRLFPF]. La norma reglamentaria únicamente se refiere a algunos aspectos concretos de dicho funcionamiento, pero especialmente al régimen de adopción de acuerdos por parte de dicho órgano. En lo demás, corresponde a las partes negociadoras fijar las reglas a seguir en lo atinente al trabajo y a la organización de la comisión de control, lo cuál se traducirá en la elaboración de un reglamento de régimen interno de la misma, en el que se regulará su régimen de reuniones, la constitución y funcionamiento de comisiones, etc.

Empezando por el régimen organizativo y de funcionamiento del citado órgano, hay que señalar que el art. 32.1, párrafo 1º RFPF exige de la comisión de control que la misma se reúna “al menos una vez en cada ejercicio” y que además de cada sesión se levante “el acta correspondiente”. Previsión normativa que no es más que una consecuencia de la consideración de aquélla como órgano plural y colegiado¹⁹⁴⁹, en la que la formación de su voluntad, por acuerdo mayoritario de sus miembros, ha de producirse en el seno de una reunión de la misma, tras la consiguiente discusión y votación y quedando debidamente acreditada en las actas. Por tanto, resulta necesario a tal efecto la celebración de reuniones, lo que, al mismo tiempo, sugiere la necesidad de convocarlas debidamente, con la fijación igualmente de un orden del día de los asuntos a tratar¹⁹⁵⁰.

Cuestión distinta será su válida constitución, lo que remite a la posibilidad de que el plan contemple la exigencia de que concurran la mayoría de los miembros, directamente o por representación. Precisamente, esta facultad de ostentar la representación por delegación tiene especial trascendencia en la constitución de la comisión de control, dado que si se exige un determinado quórum a efectos de que ésta quede válidamente constituida, éste requisito podrá quedar subsanado en función del tipo de

¹⁹⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A.: “Comentario al art. 7...”, *op. cit.*, p. 280.

¹⁹⁴⁹ Como indica la SAN 30 julio 1997 (*AS* 1997, 2275) estamos ante un órgano colegiado, “dotado de capacidad jurídica y de capacidad de obrar, que deberá actuar por acuerdo mayoritario de sus miembros”, pero sin que se exija que sus componentes deban “actuar conjunta, mancomunada y personalmente para vincular a la Comisión de la que forman parte”.

¹⁹⁵⁰ Sirva de ejemplo el art. 43.1, párrafo 2º de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Promoción Conjunta de los Trabajadores del Comercio de flores y Plantas* (BOE 26 octubre 2005) que establece que “las convocatorias de las reuniones de la Comisión de Control deberán contener el Orden del Día de los asuntos a tratar y realizarse con al menos una semana de antelación a la fecha de su celebración, salvo que la reunión tenga carácter muy urgente, supuesto en que, se efectuará con dos días de anticipación. Si se hallasen congregados todos los miembros de la Comisión de Control y por unanimidad decidieran celebrar una reunión y la determinación de los asuntos a tratar en la misma, podrán hacerlo válidamente prescindiendo de la previa convocatoria”.

delegación previsto. En la práctica, las especificaciones de los planes de pensiones favorecen una amplia disponibilidad del posible uso de la delegación del voto, dado que no se establecen límites al mismo, permitiendo, en su caso, más de una representación delegada¹⁹⁵¹. En todo caso, algunos planes exigen que la representación se confiera a otro miembro de la comisión de control y de su propio grupo (partícipes, beneficiarios y promotor) por escrito y con carácter especial para cada sesión¹⁹⁵².

Por otro lado, el art. 30.3, párrafo 2º RPPF impone, igualmente, el nombramiento de al menos “a quiénes hayan de ejercer la presidencia y la secretaría” en el seno de la comisión de control. Un mandato que las especificaciones de planes de pensiones han llevado a la práctica optando mayoritariamente porque la elección de presidente y vicepresidente se produzca entre los representantes de partícipes y beneficiarios y la de secretario entre los representantes del promotor¹⁹⁵³. Reténgase que en el cargo de presidente recae la responsabilidad de la representación legal de la comisión de control, la convocatoria de las reuniones y el llevar a efecto cuantas decisiones se adopten en la misma, de ahí que, en buena lógica, este cargo deba corresponder a la representación de aquéllos que disponen de la titularidad de los recursos patrimoniales. Por ello, no se entiende bien que algunos planes de pensiones de empleo otorguen este cargo a la representación de la entidad promotora y además goce de un voto de calidad en caso de empates¹⁹⁵⁴.

Por último, cabe referirse al sistema de adopción de acuerdos que cada plan debe recoger y que resultará aplicable en el seno de la comisión de control. Se trata de una cuestión que remite a lo establecido por el art. 7.2, párrafo 5º TRLPPF en cuanto a la posibilidad de establecer mayorías cualificadas. Estamos ante una previsión que debe contemplarse expresamente en las especificaciones del plan al objeto de que se pueda

¹⁹⁵¹ Art. 28.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Polestar Heliocolor* (13 Junio 2001).

¹⁹⁵² Art. 20.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones Central Nuclear de Trillo I, A.I.E.*

¹⁹⁵³ Entre otros, art. 18 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Febrero 2005); art. 35.7) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Central Nuclear de Almaraz, A.I.E.* (9 Agosto 2002); art. 54 de las *Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Banco Zaragozano, S.A.* (29 Mayo 2000); art. 29.5 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Cervezas Mahou, S.A.* (Agosto 2001); art. 18 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica Servicios Móviles, S.A.* (12 Diciembre 1996); art. 61.5 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Altadis, S.A.* (1 Enero 2001); art. 39 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo Universidad de Cádiz* y art. 46 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.* (Noviembre 2000).

¹⁹⁵⁴ Véanse al respecto, art. 47.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Personal de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja* (22 Octubre 1999); art. 38.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Excmo. Ayuntamiento de Santa Pola* y art. 16.7 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España.*

aplicar en la toma de decisiones que deba efectuar la comisión de control. Lo relevante, en este sentido, es que no se establecen límites a la utilización abusiva de este procedimiento, cuestión que no queda subsanada por la exigencia que introduce la Ley 24/2001 de que dos grandes grupos de materias deban ser objeto de una aprobación cualificada¹⁹⁵⁵, esto es, las decisiones que afecten a la política de inversión del fondo de pensiones en los planes de aportación definida [art. 7.3, b) TRLPFP] y las decisiones que afecten al coste económico asumido por la empresa de las prestaciones definidas [art. 7.3.c) TRLPFP].

Es obvio, que la exigencia de mayoría cualificadas cobra pleno sentido en la actualidad tras la reforma de la Ley 24/2001 que ha convertido a la Comisión de Control en un órgano paritario, al hacer de aquélla un elemento fundamental para contrarrestar la pérdida de poder de los partícipes y beneficiarios¹⁹⁵⁶, de ahí que la posibilidad de que determinadas materias deban ser aprobadas bajo este criterio resulta satisfactorio en la medida en que se garantiza que los acuerdos no se adopten sin tener en cuenta el conjunto de los intereses en juego. La evolución normativa, en este sentido, resulta clarificadora, dado que en un primer momento aquélla exigencia podía resultar un modo de neutralizar el principio de primacía de los partícipes, lo que, incluso, fue considerado por la jurisprudencia como algo razonable habida cuenta de las importantes obligaciones que un plan puede imponer a la empresa promotora¹⁹⁵⁷. De hecho, este principio de libre configuración del régimen de acuerdos favoreció en su momento una extensión significativa de las materias objeto de mayorías reforzadas, de manera que asuntos como la modificación del régimen de aportaciones al plan, el cambio de fondo de pensiones, entidad gestora y depositaria, las modificaciones en la composición de la comisión de control y en el propio régimen de acuerdos o la selección de actuarios se contemplaban en los planes necesitados de mayorías especiales para su aprobación¹⁹⁵⁸. En la actualidad, con dicha medida se trata de recomponer la posición jurídica – paritaria- de los colectivos integrantes del órgano de supervisión, estableciendo *ex lege* un régimen de acuerdos que supone el refrendo del

¹⁹⁵⁵ Hay que recordar que la exigencia de una mayoría cualificada para la adopción de determinadas decisiones era exigida, de manera habitual, por los reglamentos de planes de pensiones, lo que planteaba, en su momento, la duda de si este requisito rompía con el principio de primacía de los partícipes. Y así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 Enero 1993 (AS, 1993 270), resolvió esta polémica cuestión admitiendo el criterio de las mayorías reforzadas.

¹⁹⁵⁶ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 662.

¹⁹⁵⁷ Es más, la exigencia de un determinado quórum para adoptar acuerdos se valoraba positivamente a los efectos de “propiciar el diálogo y el consenso” [STS 23 diciembre 1994 (RJ 1994, 10226)].

¹⁹⁵⁸ Así, entre otros, art. 20.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de la Central Nuclear de Trillo I, A.I.E.*; art. 23.5 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de General Óptica, S.A.* (Septiembre 1998); art. 50 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones, Sistema de Empleo, de BBVA* y art. 41 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones para Gas Andalucía, S.A.*

promotor o de los representantes de los partícipes para determinadas decisiones que afectan especialmente a sus intereses respectivos.

Y así, por una parte, se considera que las decisiones relacionadas con la política de inversión del fondo de pensiones en los planes de aportación definida para la contingencia de jubilación deben contar con la aquiescencia de los representantes de los partícipes, siendo necesario el voto favorable de la mitad de éstos para su aprobación (art. 32.2., párrafo 1º TRLPFP). Teniendo en cuenta, además, que se considerarán decisiones relacionadas con la política de inversión del fondo de pensiones: a) la elección y cambio de fondo de pensiones; b) la delegación en la entidad gestora de funciones y facultades relativas a los derechos derivados de las inversiones, así como la contratación de la gestión y/o depósito de activos con terceras entidades; c) el ejercicio de derechos inherentes a los títulos y demás activos; d) la selección, adquisición, disposición, realización o garantía de activos; e) la canalización de recursos del plan a otro fondo o adscripción del plan a varios fondos (art. 32.2, párrafo 2º RFPF). Por el contrario, se exige contar con el respaldo del promotor en los planes de pensiones de la modalidad de prestación definida o mixtos cuando las decisiones a adoptar afecten al coste económico asumido por la empresa de las prestaciones definidas, lo que exigirá del voto favorable de la mitad de los representantes del promotor o promotores (art. 32.3., párrafo 1º RFPF). Teniendo en cuenta, igualmente, que se considerarán decisiones que afecten al coste económico asumido por la empresa de las prestaciones definidas: a) las modificaciones de las especificaciones que afecten al sistema de financiación y cobertura de cualesquiera contingencias, régimen de aportaciones y prestaciones, sistema financiero del plan, así como al cálculo, movilidad o liquidez de los derechos consolidados; b) la modificación de la base técnica del plan y la contratación de seguros u otras garantías de las prestaciones; c) los acuerdos sobre aplicación de excedentes o tratamiento del déficit que se pongan de manifiesto en el plan de pensiones; d) los acuerdos de la comisión de control del plan que afecten a la política de inversión expresamente enumerados en el apartado segundo anterior (art. 32.3, párrafo 2º RFPF).

En todo caso, siempre se hace necesario el establecimiento de un sistema genérico de adopción de acuerdos por mayoría simple para cuestiones que tengan que ver con el normal funcionamiento del plan. Hay que tener en cuenta que resultaría especialmente problemático el posible establecimiento de un régimen de adopción de acuerdos por mayoría cualificada para cualquiera de las decisiones a adoptar por la comisión de control, cuestión que parece no haberse trasladado a los reglamentos de planes de pensiones. Lo que sí resulta especialmente discutible es que se pueda exigir para determinadas materias el voto favorable de la totalidad de los representantes de uno de los colectivos representados en la comisión de

control, especialmente si se trata de la representación del promotor¹⁹⁵⁹. Piénsese que con esta fórmula se pueden favorecer grupos de bloqueo, lo que dificultaría enormemente el funcionamiento de este órgano de supervisión. Al mismo tiempo, habría que subrayar que tampoco resultaría compatible con el régimen de mayorías del art. 7.2 TRLFPF la posibilidad de que el plan de pensiones exija para la adopción de determinadas decisiones el criterio de la unanimidad¹⁹⁶⁰.

2. Modificación de las especificaciones y revisión del sistema financiero del plan: el papel de la comisión de control y la incidencia de la autonomía colectiva

Uno de los aspectos del contenido mínimo de las especificaciones de los planes es el relativo a los requisitos para la modificación del plan y los procedimientos a seguir para la adopción de acuerdos al respecto [art. 6.1.i) TRLFPF]. Ello plantea, por tanto, la necesidad de que el contrato constitutivo del plan precise las condiciones para la reforma del plan, lo que se reitera, de nuevo, en el art. 6.3 TRLFPF, al establecer que la modificación de las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo “se podrá realizar mediante los procedimientos y acuerdos previstos en aquéllas”. En suma, se atribuye al reglamento del plan la función de definir el modo de llevar a cabo la alteración de las cláusulas del sistema de previsión instituido, debiendo incluir, además, la forma de poner en práctica los resultados de la revisión del sistema financiero. Ahora bien, correspondiendo a los planes dicho cometido resulta evidente a estas alturas que tal previsión puede suscitar ciertas dudas en el ámbito de los planes profesionales, si tenemos en cuenta el origen convencional de gran parte de éstos. En otras palabras, el establecimiento de un procedimiento de modificación del plan en su reglamento obliga a preguntarse acerca del papel que en ese proceso asume la comisión de control del plan y la incidencia que sobre el mismo puede tener la negociación colectiva. En definitiva, se vuelve a plantear *hic et nunc* el grado de vinculación entre la fuente de definición de los derechos de previsión, el convenio o acuerdo colectivo, y su instrumento de regulación, el contrato plan. Y de nuevo, la ambigüedad deliberada del legislador poco ayuda a resolver de manera nítida dicha conexión.

Empezando por el papel de la comisión de control en este asunto, hay que poner de manifiesto la doble perspectiva con la que el ordenamiento jurídico de los planes aborda esta cuestión. De un lado, el sistema legal

¹⁹⁵⁹ Así se ha previsto en el art. 29 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Tableros de Fibras, S.A.* y art. 41.4 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Agribands Europe, S.A.*

¹⁹⁶⁰ Un ejemplo de la adopción de este criterio en el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Finanzauto, S.A.* (art. 39.4).

únicamente expresa la posibilidad de que el acuerdo de modificación se pueda llevar a cabo por la comisión de control (art. 6.3, párrafo 1º RFPF), lo que parece sugerir otras formas de intervención sobre este aspecto. Por el contrario, la norma reglamentaria resulta más contundente al atribuir a la comisión de control la condición de órgano competente para proponer y, en su caso, acordar la modificación del reglamento del plan de pensiones [art. 29.c) RFPF]. Es decir, este último precepto parece reconocer la existencia de una única instancia encargada de alterar las especificaciones del plan. La aparente contradicción entre los dos preceptos –legal y reglamentario– podría quedar resuelta de la siguiente manera: el primero, se mueve en la línea de reconocer al órgano de supervisión la facultad modificativa de los planes; el segundo, deja por sentado que la misma, de preverse en el contrato constitutivo del plan, se enmarca entre sus funciones clásicas. En cualquier caso, ambos se enmarcan en un terreno especialmente resbaladizo: el primero, porque alude en términos potestativos al acuerdo de modificación que el citado órgano puede adoptar, y, el segundo, porque para que tal función se pueda desarrollar nos remite a lo previsto en el art. 33 RFPF. En suma, de ambos preceptos se deduce que en ese proceso de modificación adquiere un papel esencial la comisión de control, lo que, por lo demás, resulta coherente con la atribución genérica que realiza el ordenamiento legal consistente en fiscalizar el funcionamiento y la organización del plan. Ahora bien, el legislador es consciente del marco laboral en el que se inscriben los planes de pensiones del sistema de empleo y, por ende, sus órganos de supervisión, de ahí que sugiera la posibilidad de que el proceso modificativo se lleve a cabo sin que aquéllos tengan reservada una función tan esencial. En definitiva, se reconoce, como no podía ser de otra manera, un margen amplio de intervención de la autonomía colectiva en este asunto. De ello, se encarga explícitamente el art. 6.3, párrafo 2º al señalar que “las especificaciones podrán prever que la modificación del régimen de prestaciones y aportaciones o cualesquiera otros extremos, y en su caso la consiguiente adaptación de la base técnica, pueda ser acordada, conforme a lo previsto en esta norma, mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores”.

En cualquier caso, y antes de abordar las implicaciones que esta cuestión ofrece, debe recordarse que este reconocimiento normativo expreso a favor de que la modificación de los planes pueda efectuarse desde la instancia colectiva negociadora ha contado con dos momentos cruciales en el tiempo. De un lado, el art. 3.1, párrafo 3º RICP venía a establecer que las especificaciones de un plan podían “prever la obligación de la comisión de control del mismo de modificar dichas especificaciones, conforme a la normativa aplicable, adaptándolas de inmediato a modificaciones de los compromisos acordadas mediante acuerdo colectivo de eficacia general con posterioridad a la formalización del plan”. Esta

previsión normativa venía a reiterar un hecho obvio, esto es, que correspondía a la comisión de control poner en práctica el proceso modificativo acordado en sede convencional, pero dejaba abierto un interrogante con respecto a la posibilidad de que las especificaciones guardaran silencio sobre este asunto. Es decir, del tenor literal del precepto parecía desprenderse que para que la modificación del reglamento del plan acordado en negociación colectiva entre la empresa y la representación de los trabajadores vinculara al órgano de supervisión del plan se tenía que haber previsto en las especificaciones, ya que si en éstas no se decía nada correspondía a la propia comisión de control decidir sobre la aplicación del acuerdo colectivo de modificación¹⁹⁶¹. Para otros autores, sin embargo, la atribución de un poder decisorio de tal magnitud a la comisión de control del plan no era posible, puesto que había que entender que el sometimiento del plan a los dictados de la negociación colectiva no se constreñía al momento inicial, sino que persistía durante su vigencia, es decir, las modificaciones del plan fruto de un acuerdo colectivo debían ser introducidas en las especificaciones del mismo por el órgano de supervisión¹⁹⁶².

Sea como fuere, lo cierto es que la práctica comercial evidenciada a través de los reglamentos de planes de pensiones han hecho de la comisión de control un elemento central del proceso de toma de decisiones en relación a la modificación y revisión del plan, pero ello no ha impedido que aquél haya tenido que ceder, en numerosas ocasiones, en favor de que determinadas materias requieran de un acuerdo obtenido de la autonomía colectiva¹⁹⁶³. Piénsese que los acuerdos relativos a la terminación del plan, modificación de lo relacionado con las aportaciones, prestaciones, modalidad del plan y del fondo, sistema de capitalización y la composición y funcionamiento de la comisión de control podían necesitar, al tratarse de materias de indudable importancia, además de un acuerdo amplio en el seno de la comisión de control, de otro surgido de la negociación colectiva. Siendo esta exigencia una práctica habitual en los planes de pensiones parecía lógico que el legislador diera un respaldo legal a esta opción, pese a que la misma se pudiera deducir del ámbito convencional en el que se inscriben dichos planes.

¹⁹⁶¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas...*, op. cit., p. 134.

¹⁹⁶² SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 672.

¹⁹⁶³ Ejemplo de ello, entre otros, el art. 37 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (febrero 2005) en el que se exige junto a un acuerdo reforzado en el seno de la Comisión de Control, el acuerdo en Convenio Colectivo Estatutario o Pacto equivalente en el sentido de que dicho acuerdo sea adoptado con los requisitos que para los Convenios Colectivos Estatutarios se establezcan en cada momento por la legislación laboral. O, por su parte, el art. 41.1 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)* que obliga a la Comisión de Control a adaptar las especificaciones del Plan a los términos acordados mediante acuerdo colectivo de eficacia general.

El segundo momento decisivo con respecto a la capacidad de actuación en este punto de la negociación colectiva tiene lugar con la Ley 24/2001 que, como ya se ha dicho, permite el establecimiento mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores de las modificaciones referidas al régimen de prestaciones, aportaciones o cualquier otro extremo del plan (art. 6.3, párrafo 2º TRLFPF). En este caso, el reconocimiento explícito de tal posibilidad, esto es, el que la negociación colectiva pueda actuar en el proceso modificativo de los planes, adquiere rango legal y, lo que parece más importante, no se refiere a la comisión de control, lo que parece sugerir un cambio significativo, a saber, que el acuerdo colectivo no va a requerir de ningún acto de carácter recepticio del citado órgano de supervisión, de modo que una vez alcanzado aquél, los cambios de las especificaciones que haya previsto serán de aplicación directa, formando parte del cuerpo normativo que constituyen éstas. Pero, de nuevo, sobre esta previsión normativa vuelve a planear la misma duda interpretativa señalada con respecto al art. 3.1 RICP, dado que en este caso el legislador vuelve a insistir en la necesidad de que tal opción de intervención directa de la negociación colectiva se contemple en las especificaciones del plan. Por ello, y al igual que en la exégesis del precepto anterior, cabe reiterar la disyuntiva antes apuntada en el caso de que, de nuevo, no exista previsión alguna en las especificaciones del plan en este asunto: o bien se admite una posible desvinculación del instrumento de regulación del plan con respecto a la negociación colectiva en este punto, con la consiguiente autonomía de la comisión de control; o bien, se considera que la eventual modificación de las especificaciones de un plan siempre va a poder ser acordada en el ámbito de la negociación colectiva, independientemente de que tal posibilidad se haya previsto o no en el reglamento del plan.

Como se ve, se trata de una cuestión que vuelve a remitir al grado de vinculación/subordinación del plan con respecto a la negociación colectiva, lo que exige volver a insistir en la variabilidad de las opciones de política-jurídica en orden a la determinación del papel a desempeñar por la autonomía colectiva en la efectiva ordenación del plan, desde aquélla cuya intención es condicionar en todo lo posible la propia dinámica del plan, hasta aquélla en la que se persigue la autonomización por completo de los planes respecto de la negociación colectiva de origen. Por ello, teniendo en cuenta las diferentes formulaciones que cabe establecer y la necesidad, prevista legalmente, de que las mismas tengan su reflejo en las especificaciones del plan (art. 6.3, párrafo 3º RFPF), a nuestro juicio, lo relevante en este asunto es el modo de regulación específica de esta materia en el contrato-plan constituyente, cuyo contenido en la modalidad del sistema de empleo puede estar prefigurado por la negociación colectiva

instituyente¹⁹⁶⁴. En definitiva, cabe sostener que la interdependencia entre el plan y la autonomía colectiva se prolongará a lo largo del ciclo vital del plan (incluidas, por tanto, las eventuales modificaciones que quepa introducir) y tendrá la intensidad que las propias partes decidan en el ámbito del convenio o acuerdo colectivo respetando, en su caso, el marco institucional propio de sistema legal de los planes. Por tanto, cualquier posibilidad será válida si así queda reflejado en las especificaciones del plan y se respetan las disposiciones normativas.

Por ello, no resulta baladí que el ordenamiento legal plantee en términos potestativos que el acuerdo de modificación pueda ser adoptado por la comisión de control con el régimen de mayorías establecido en las especificaciones o, si así se prevé igualmente en el reglamento del plan, que sea fruto de un acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores, ya que dependerá de la negociación colectiva instituyente el atribuirse un papel más o menos activo como condicionante del desenvolvimiento del plan. Por tanto, si el plan ha sido previamente pactado en el ámbito de la negociación colectiva la modificación ha de atender a las posibles previsiones de ésta sobre la alteración de las estipulaciones contractuales de previsión¹⁹⁶⁵, la cuál podrá optar, si así se prefiere, por una remisión de dicha facultad modificativa a los dispositivos propios de la fuente heterónoma de regulación (el plan), pudiendo decantarse por una posibilidad extrema de favorecer una total desconexión de la fuente de definición de los derechos, el convenio colectivo, y el instrumento de regulación, el plan. En resumen, las especificaciones de los planes recogerán el modo en que se hace efectiva dicha vinculación, pudiendo ocurrir que si las mismas guardan silencio al respecto o hacen de la comisión de control la única vía para proponer y, en su caso, acordar la modificación del plan, nada impediría que los acuerdos colectivos posteriores fueran ineficaces en este punto, y ello porque el mandato legal es rotundo en esta materia: cualquier opción debe estar prevista en las especificaciones del plan¹⁹⁶⁶.

Por tanto, cabe admitir, finalmente, dos vías de instauración de las posibles modificaciones a llevar a cabo en el plan: el acuerdo de modificación adoptado en el seno de la comisión de control o que tal acuerdo sea el resultado de la negociación colectiva¹⁹⁶⁷. Con la primera

¹⁹⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N.: “Comentario a los artículos 5 y 6...”, *op. cit.*, p. 257.

¹⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 258.

¹⁹⁶⁶ Parece que esta es la vía elegida por el *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Mahou* (23 febrero 2005), si tenemos en cuenta lo señalado por su art. 46.1 que establece que “el Reglamento del Plan de Pensiones podrá modificarse únicamente conforme a lo previsto en el presente Reglamento”.

¹⁹⁶⁷ El art. 33.1., párrafo 2º RFPF reproduce lo previsto legalmente en cuanto que deja en manos de las especificaciones de los planes el que la modificación del régimen de prestaciones y aportaciones o cualesquiera otros extremos y, en su caso, la consiguiente adaptación de la base técnica pueda ser

opción se exigirá, como es natural, que la propuesta venga avalada por una parte representativa de sus integrantes y para su aprobación de una mayoría cualificada¹⁹⁶⁸. En cualquier caso, hay que hacer constar que lo más probable es que estos dos cauces se combinen en el seno de las especificaciones del plan, de modo que nos podríamos encontrar con varias alternativas: la primera, mayoritaria, que consistiría en aceptar sin ningún tipo de limitación en las materias susceptibles de ser modificadas que ambas opciones son posibles, teniendo en cuenta únicamente que una vez alcanzado el acuerdo colectivo, los cambios de las especificaciones que haya previsto serán de aplicación directa, formando parte del cuerpo normativo de éstas, sin necesidad de acto alguno por parte de la comisión de control con posterioridad a la adopción del mencionado acuerdo, sin perjuicio de la obligación de ésta de acomodar las especificaciones¹⁹⁶⁹; la segunda, minoritaria, en la que se reconoce la viabilidad de ambas opciones, pero constriñendo el papel de la autonomía colectiva a la hora de efectuar modificaciones cuando éstas afecten al régimen de obligaciones y derechos económicos del plan¹⁹⁷⁰.

En cualquier caso, esta posibilidad de delimitar las materias susceptibles de ser modificadas remite a lo dispuesto por los arts. 9.5 TRLFPF y 23.1 y 33.2 RFPF en cuanto a la obligación de que el sistema financiero y actuarial de los planes deba ser revisado al menos cada tres años por actuario independiente designado por la comisión de control. En estos casos, si como resultado de la revisión se planteara la necesidad o conveniencia de introducir variaciones en las aportaciones y contribuciones, en las prestaciones previstas, o en otros aspectos con incidencia en el desenvolvimiento financiero-actuarial, la norma exige que se someta a la comisión de control del plan para que proponga o acuerde lo que estime procedente. Siendo esto así, parecería que la previsión contenida en algunos planes de que sea la negociación colectiva la que se

acordada, conforme a lo previsto en este reglamento, mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores.

¹⁹⁶⁸ Así, el art. 66 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Unicaja* establece que la propuesta para la modificación de las presentes Especificaciones del Plan de Pensiones podrá realizarse a instancia de, al menos, 4 miembros de su Comisión de Control y para su aprobación se requerirá: a) dictamen previo favorable de un actuario y b) voto favorable de al menos 11 miembros de la Comisión de Control. En parecidos términos, art. 50 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo de Multicaja* (28 febrero 2006) y art. 39 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de la Universidad de Murcia* (23 febrero 2005).

¹⁹⁶⁹ Sirvan de ejemplos, los siguientes, art. 45 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Promoción conjunta de los trabajadores del Comercio de Flores y Plantas* (BOE 26 octubre 2005); art. 45 del *Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo a favor de los Empleados de la Autoridad Portuaria de Melilla* (Junio 2005) y art. 42.4 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del personal de la Universitat Jaume I de Castelló* (9 noviembre 2004).

¹⁹⁷⁰ Vid. art. 66.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Unicaja*. Sin embargo, el art. 36.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Industrias Químicas Asociadas* va más allá al establecer que toda modificación del plan que implique o pueda implicar una variación en las obligaciones económicas del promotor respecto del plan y/o del fondo, será competencia exclusiva de la negociación colectiva.

encargue de adoptar este tipo de acuerdos no sería del todo adecuada a lo dispuesto legal y reglamentariamente. Sin embargo, del inciso final de los arts. 9.5 TRLPFP y 33.2 RFPF, que aluden a las especificaciones del Plan, habría que entender que los reglamentos de planes de pensiones podrían adoptar cualesquiera otros procedimientos a seguir para la adopción de acuerdos, máxime si se trata, como es el caso, de una reordenación de las aportaciones y contribuciones¹⁹⁷¹.

Por otra parte, los acuerdos de modificación que se tengan que adoptar necesariamente en el seno de la comisión de control pueden plantear el problema, nada desdeñable, de la discrepancia entre la representación de los partícipes y/o beneficiarios y la representación del promotor, lo que obliga a tener en cuenta posibles soluciones al respecto. Una de ellas, incorporada a algún plan de pensiones, puede ser el sometimiento de la cuestión litigiosa a un árbitro¹⁹⁷². Reténgase que las situaciones de bloqueo en la comisión de control pueden ser muy frecuentes, sobre todo como consecuencia del carácter paritario de su composición a raíz de la Ley 24/2001.

Por otro lado, resulta obligado referirse a las especialidades que en este asunto presentan los planes de pensiones de promoción conjunta, y ello por que, como se ha señalado, su formalización va a requerir de la incorporación de los anexos correspondientes de cada empresa promotora (art. 40 RFPF), lo que exige a su vez que se determine la forma en que ha de realizarse la modificación de éstos. Por ello, y sin perjuicio de las funciones y facultades atribuidas a la comisión de control del plan, deberá establecerse en dichos anexos el procedimiento a seguir para la modificación de las condiciones particulares previstas en los mismos, teniendo en cuenta que los acuerdos que se adopten con tal motivo en modo alguno podrán modificar o dejar sin efecto las condiciones generales de las especificaciones del plan (art. 42.1, párrafo 3º RFPF). Esta necesaria adecuación al plan de las soluciones modificativas adoptadas por cada empresa singularmente se reitera en el último párrafo del art. 42.1 RFPF al

¹⁹⁷¹Incluso, cabe la posibilidad de que el cambio de legislación aplicable al plan o al fondo de pensiones que implique o pueda suponer un aumento de las obligaciones económicas del promotor con respecto del plan o del fondo serán causa de modificación automática del plan en los siguientes términos: salvo acuerdo en contrario de los representantes de los partícipes y beneficiarios y del promotor, se procederá a un reequilibrio de las obligaciones dentro del plan, modificándose la cuantía de riesgo o la aportación para la jubilación, de tal forma que no se produzca aumento ni disminución en las citadas obligaciones económicas del promotor (art. 50 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II* y art. 43 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones para Gas Andalucía, S.A.*)

¹⁹⁷² En efecto, el art. 38.2 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Crédit Agricole Indosuez "Sucursal en España"* (22 Diciembre 1997) admite la intervención de un árbitro que deberá determinarse de mutuo acuerdo por las representaciones de promotor, por un lado, y partícipes y beneficiarios, por otro. De no existir acuerdo al respecto, cada una de las partes propondrán un nombre y ambos árbitros emitirán conjuntamente dictamen vinculante. Si también esto resultara imposible, los dos árbitros designarán un tercero que, individualmente, fallará el arbitraje.

atribuir a la comisión de control del plan dos cometidos: de un lado, la obligación de formalizar las modificaciones a los anexos que se hubiesen acordado y, de otro, la responsabilidad de su adecuación a la normativa vigente y a las condiciones generales de las especificaciones. Reténgase que la normativa reglamentaria no sugiere ninguna solución a una más que probable situación de discrepancia entre la comisión de control y las propuestas de modificación de los anexos, por lo que para estos casos habrá que acudir a lo previsto por las especificaciones del plan. Por lo demás, el art. 42.1, párrafo 4º RFPF prevé que la modificación de los anexos se pueda llevar a cabo “por acuerdo adoptado entre la empresa y la representación de sus trabajadores” y, en el caso de que el órgano de supervisión del plan opere bajo el sistema de representación agregada, “el anexo podrá atribuir la decisión o propuesta de su modificación a los vocales que representen a los elementos personales del plan correspondientes a la empresa en cuestión, con el régimen de mayorías establecido en aquél”.

También presenta alguna peculiaridad la revisión a llevar a cabo en los planes de promoción conjunta, toda vez que dicha revisión actuarial no comprende únicamente la del plan considerado globalmente, sino también “la evaluación individualizada relativa a cada empresa promotora” (art. 42.2, párrafo 1º RFPF). En tales casos, si el resultado de la revisión exige la adopción de medidas que afecte a las aportaciones, prestaciones u otras variables del plan, se impone lo comentado con anterioridad para los planes de promoción individual, esto es, iniciar el proceso de modificación, según lo previsto en sus especificaciones. Ahora bien, si las variaciones a llevar a cabo como consecuencia de la evaluación correspondiente afectan a una o más empresas individualizadamente, las modificaciones se efectuarán conforme a las reglas previstas para la modificación de los anexos particulares de cada entidad promotora vistas anteriormente (art. 42.2, párrafo 2º RFPF). En todo caso, la norma reglamentaria impone la intervención de la autonomía colectiva en un supuesto, a saber, en los planes que estipulen obligaciones de prestación definida, en los cuáles se haga necesaria la introducción de variaciones en el plan con objeto de restituir el equilibrio financiero actuarial de las obligaciones asumidas por alguna de las empresas promotoras. Y así para que la comisión de control pueda proponer o acordar lo que estime procedente debe existir un acuerdo previo en tal sentido de los representantes de los trabajadores y de la empresa afectada (art. 42.2, último párrafo RFPF).

Finalmente, cabe aludir a dos supuestos específicos que pueden alterar de algún modo las previsiones contenidas en los planes de promoción conjunta, especialmente cuando se produce la incorporación o separación de entidades promotoras. Con respecto al primer caso, el art. 40.c), párrafo 3º prevé que sea la comisión promotora o de control del plan la que se encargue de aprobar la posible integración de nuevas empresas. Se trata de

una previsión que elude referirse a la autonomía colectiva en este asunto, lo que resulta llamativo si tenemos en cuenta que aquélla puede prefigurar las normas aplicables a la incorporación de nuevas entidades. De hecho, los reglamentos de planes de pensiones varían en hacer que sea la comisión de control la que adopte tal decisión¹⁹⁷³ o que además de este acuerdo, sea preceptivo otro, surgido de la negociación colectiva¹⁹⁷⁴. Por lo demás, el último inciso del art. 40.c) RFPF ha tratado de resolver uno de los problemas que podían manifestarse en la necesaria intervención de la comisión de control o la comisión promotora en este punto, en concreto, el de las cargas burocráticas que dicho sistema podía suponer al tener que convocarse dichos órganos cada vez que una nueva empresa quisiera participar en el plan. Por tal motivo, se faculta a que la decisión de incorporación de las nuevas entidades se pueda delegar en un miembro de aquéllas o en la entidad gestora. Una solución que, siendo acorde con la finalidad de buscar fórmulas de adhesión simples, similares a la contratación de planes de pensiones individuales, tal y como se demandaba por una parte de la doctrina¹⁹⁷⁵, supone, de optarse por esta vía, renunciar a una competencia que en modo alguno resulta menor.

En lo que respecta a la posible separación de las entidades promotoras de un plan de pensiones de promoción conjunta, es el art. 43 RFPF el encargado de concretar el régimen jurídico aplicable a esta situación. En particular, dicho precepto distingue dos aspectos: de un lado, los supuestos de hecho por los cuáles se puede llevar a cabo la separación y, de otro, los sujetos u órganos encargados de adoptar el acuerdo correspondiente. En ambos casos, cabe extraer una nota característica presente en la norma reglamentaria en este punto, a saber, el intento por conciliar o hacer compatible la dimensión o interés colectivo de los planes del sistema de empleo, en mayor medida de los de promoción conjunta, y el principio de voluntariedad en el acceso y en la permanencia en este tipo de planes de las entidades participantes. Esta necesidad de conjugar ambos elementos ya fue oportunamente desarrollada en el análisis que en otro lugar se hizo de la facultad de no adhesión que las empresas afectadas por un plan colectivo sectorial adoptado convencionalmente ostentaban. En este caso, dichas empresas podían eludir su participación obligatoria en dicho plan promoviendo el suyo propio (art. 37.3, párrafo 2º RFPF). Pues bien, si se hace prevalecer el criterio excepcional de que la empresa que lo desee pueda evitar el sometimiento al plan en su modalidad conjunta recogida en convenio colectivo, con igual razón habrá que reconocer la posibilidad de que una entidad adherida a un plan de estas características pueda en

¹⁹⁷³ A través de la mayoría reforzada correspondiente (art. 41 del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones del Grupo Hidrocantábrico*).

¹⁹⁷⁴ Así se establece en el art. 33.2 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Unión Fenosa* (29 Julio 2002).

¹⁹⁷⁵ DELGADO PLANÁS, C.: *Como complementar la pensión...*, op. cit., p. 110.

cualquier momento promover su propio plan de pensiones del sistema de empleo o incorporarse a otro, y proceder a la separación de aquél, incluso si éste se haya prefigurado convencionalmente y resulta de obligada aceptación para las empresas incluidas en su campo de aplicación. Si el principio de afectación colectiva predicable de los convenios *ex art. 83.1 ET* se ve sacrificado en aquél supuesto, admitiendo la opción de la no participación de las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de aquél, tampoco parece excesivamente problemático aceptar la facultad de no permanencia de las entidades participantes. En definitiva, y al igual que se prevé en el caso del reconocimiento del derecho de oposición individual de los trabajadores a la participación de un plan contratado colectivamente, el precepto que a continuación será objeto de análisis refleja una solución de equilibrio entre lo colectivo y lo individual en los sistemas empresariales de previsión representados por los planes de pensiones. Ahora bien, siendo esta opción posible, lo cierto es que se trata de una solución de compromiso que, como ya se dijo en el análisis del principio de voluntariedad presente en los planes, puede plantear importantes problemas interpretativos, dada la dificultad de hacer compatibles la tutela de los intereses colectivos y la de los intereses individuales presentes en este ámbito de la previsión social complementaria.

Precisamente, el art. 43 RPPF reconoce una vía de separación voluntaria de las entidades promotoras de un plan de promoción conjunta, sin tener en cuenta su origen convencional. Dicha facultad se va a poder ejercitar o bien con la finalidad de integrar sus compromisos por pensiones con sus partícipes y beneficiarios en otro plan del sistema del empleo (art. 43.1, párrafo 1º RPPF) o bien para promover un plan propio (art. 43.1, párrafo 2º RPPF). Igualmente, esta separación va a poder producirse en un supuesto muy específico, en concreto, cuando en virtud de operaciones societarias una entidad resulta a la vez promotora del plan de promoción conjunta y de otro u otros planes del sistema de empleo, en cuyo caso y en el plazo de 12 meses desde la vicisitud empresarial deberá procederse a la integración de sus partícipes y beneficiarios de los distintos planes y sus derechos consolidados y económicos en un único plan (art. 43.1, párrafo 5º RPPF). Junto a esta opción de separación potestativa, la norma reglamentaria señala otra segunda vía de separación, en este caso obligatoria, para las entidades adheridas, si así se prevé en las especificaciones del plan. Se trata de aquella situación en la que las empresas participantes han dejado de reunir las condiciones o criterios generales establecidos en el reglamento del plan para su adhesión o permanencia en el mismo (art. 43.2, párrafo 1º RPPF).

Por lo demás, el art. 43 RPPF señala igualmente diferentes cauces para que ambos tipos de separaciones tengan lugar, comprometiendo en los dos casos a diferentes órganos o instancias en tales decisiones. En el supuesto

de una separación voluntaria se pueden distinguir varias situaciones. En el caso de una separación vía promoción de un plan propio bastará el acuerdo de la comisión promotora del nuevo plan (art. 43.1, párrafo 2º RFPF). Por el contrario, si se trata de una separación de la empresa para la integración de los compromisos en otro plan de promoción conjunta, podrá efectuarse aquélla en virtud de acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de sus trabajadores, teniendo en cuenta, además, que dicho acuerdo podrá ser remplazado por otro adoptado, en su caso, por los vocales de una comisión de control agregada que representen específicamente a los elementos personales de la empresa, si así se prevé en las especificaciones o en el anexo correspondiente del plan de promoción conjunta originario (art. 43.1, párrafo 3º RFPF). En cualquier caso, y al igual que ocurría en los planes de promoción individual, resulta necesario poner de relieve que en tales casos se debe tener en cuenta lo previsto por el instrumento colectivo negocial, de ser éste el cauce utilizado para la implantación de este tipo de planes, ya que, como cabe imaginar, no se puede desconocer la incidencia que en este asunto puede tener la autonomía colectiva negocial a la hora de prefigurar las vías de separación. Sea como fuere, lo cierto es que, de nuevo, se puede volver a producir una cierta desconexión entre la fuente constitutiva de los derechos de previsión, el convenio colectivo, y el instrumento de regulación, el plan, si se opta porque sean los vocales de la comisión de control agregada los encargados de adoptar la decisión de separación.

Una vez alcanzado el acuerdo de separación correspondiente, ya en su versión voluntaria o preceptiva, el art. 43 RFPF exige que se de traslado de los partícipes y beneficiarios y sus derechos consolidados y económicos al plan de destino, señalando, igualmente, que cuando la separación comporte un cambio de fondo de pensiones, una vez formalizado el nuevo plan de la empresa a separar o formalizada la incorporación a otro plan de promoción conjunta, se efectuará el traslado de aquéllos en el plazo de un mes desde que se acredite ante el fondo de pensiones de origen la formalización referida, plazo que la comisión de control del fondo podrá extender hasta tres meses si el saldo es superior al 10 por ciento de la cuenta de posición del plan (art. 43.3, párrafo 1º RFPF). En todo caso, se advierte por la norma reglamentaria que dicha separación no podrá dar lugar “a descuento o penalización alguna sobre los derechos económicos de los partícipes y beneficiarios afectados” (art. 43.3, párrafo 2º RFPF).

3. La comisión de control del fondo: configuración general

Una vez analizado el órgano de supervisión y control de los planes, se hace necesario examinar igualmente, aunque sea de forma breve, el perfil institucional de la otra comisión, esto es, la del fondo de pensiones. En este

caso, se ha podido decir con razón, que estamos ante un órgano (de representación y supervisión de los promotores, partícipes y beneficiarios) ciertamente novedoso en el ámbito general de los fondos de gestión¹⁹⁷⁶. Y es que la existencia de dicha entidad permite volver a insistir en un aspecto ya tratado, como es el de las diferencias entre los fondos de pensiones y los de inversión. De esta forma, la ausencia de un órgano similar en los segundos –no existe, por tanto, un control tan incisivo de los particulares directamente interesados- confiere a los primeros una naturaleza singular¹⁹⁷⁷ que, como se recordará, les acerca al fenómeno jurídico general de la mutualidad¹⁹⁷⁸.

Por lo demás, la configuración general de este órgano se asemeja a la prevista para la comisión de control de los planes. Ambos actúan, por tanto, como mecanismos de representación de los elementos personales del plan (o planes integrados en el mismo, en la del fondo) y asumen funciones de supervisión. El criterio de distinción básico entre ambas estriba en su actuación en ámbitos materiales separados, esto es, el plan, de un lado, y el fondo, de otro. Aún así, la imbricación de ambos órganos puede ser total, pese al criterio enunciado, de producirse, como se verá, la adscripción de un único plan al fondo. En esta situación, la comisión de control del plan ejercerá las funciones de la comisión de control del fondo. En cualquier caso, y pese a esta más que evidente conexión entre ambos órganos, lo cierto es que los cometidos propios de la comisión de control del fondo adquieren una mayor relevancia en el entero sistema privado de pensiones¹⁹⁷⁹, toda vez que la misma ostenta auténticas facultades de gestión sobre el funcionamiento del fondo, que exceden, como se tendrá ocasión de comprobar, de la mera vigilancia¹⁹⁸⁰.

Una vez anotados algunos aspectos básicos de la comisión de control, interesa centrar nuestro estudio en dos elementos centrales de su régimen jurídico, con incidencia, por lo demás, en el ámbito jurídico-social de nuestro ordenamiento. En primer lugar, resulta de especial importancia para nuestra investigación volver a comprobar de qué modo se articula la participación de los sujetos interesados (partícipes-empleados y beneficiarios-pensionistas) en la estructura organizativa de dicha institución. En segundo lugar, se hace igualmente necesario aludir al grueso de las competencias que dicha comisión ostenta al objeto de valorar

¹⁹⁷⁶ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, p. 357.

¹⁹⁷⁷ TAPIA HERMIDA, A. J.: “La gestión de los...”, *op. cit.*, p. 390. Para MORENO ROYES, SANTIDRIÁN ALEGRE y FERRANDO PIÑOL, las facultades otorgadas a la comisión de control de los fondos de pensiones, especialmente por lo que se refiere a su capacidad de intervención respecto de la Entidad Gestora, impediría, incluso, su asimilación a la institución del fideicomiso (*Los planes y fondos...*, *op. cit.*, pp. 112-113).

¹⁹⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 584.

¹⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 587.

¹⁹⁸⁰ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, p. 366.

adecuadamente su incidencia en la administración de dichos fondos. En suma, con el análisis de estas dos dimensiones enunciadas, se trata de comprobar el grado de intervención de los sujetos colectivos e individuales en la dinámica de funcionamiento del fondo, lo que nos remite, igualmente, a otra cuestión de enorme trascendencia, cuál es la tantas veces repetida y reiterada relación entre la fuente de definición de los derechos de previsión, generalmente la negociación colectiva, y la estructura institucional (organizativa y de regulación) propia y separada de los planes/fondos de pensiones. Quizás estemos en este asunto ante una nueva autonomización (menos relativa, si cabe) de todo el sistema previsor respecto de la fuente negocial de origen.

Antes de abordar éstas y otras cuestiones relacionadas directa o indirectamente con la comisión de control del fondo, interesa recordar la incidencia que sobre dicho órgano ha tenido la evolución normativa reciente, fundamentalmente en tres aspectos cruciales: primero, en la conformación de la citada comisión como consecuencia de la previsión introducida por el art. 32 de la Ley 24/2001 al exigir que los planes de pensiones del sistema de empleo se integren necesariamente en fondos de pensiones cuyo ámbito de actuación se limite al desarrollo de planes de dicho sistema; segundo, en la estructura de representación de aquélla de todos los elementos personales del plan o planes integrados en el fondo a causa de la ruptura del principio de primacía de los partícipes, debilitando su protagonismo (art. 32 Ley 24/2001); y, tercero, en la posibilidad de que no se requiera constituir comisión de control en el supuesto de que el fondo de pensiones domiciliado en España integre únicamente planes de pensiones de otros Estados miembros (art. 43.1, último párrafo TRLPFP). Como se verá, se trata de cuestiones nada superficiales, dado que las dos penetran en todo el entramado jurídico-regulador de esta institución objeto de estudio.

3.1. Composición

Al igual que ocurría en el caso de la comisión de control del plan, también en la del fondo de pensiones rige un principio de libertad organizativa. Así aparece reconocido expresamente en el RFPF tanto en lo que se refiere a su composición (art. 63) como a su estructura organizativa y de funcionamiento (art. 64). Ello no ha impedido que tanto en la formación de ésta como en lo relativo a su efectiva operatividad se introduzcan una serie de reglas imperativas de obligado cumplimiento, a las cuáles prestaremos nuestra atención a continuación. En cualquier caso, debe dejarse anotado que de aquel principio de autonomía se puede deducir un aspecto de indudable trascendencia, el cuál ha de planear en todas las

cuestiones que se abordarán a partir de ahora, a saber, la de la natural desvinculación (querida legalmente, por lo demás) entre el ámbito del plan y el del fondo en relación a su propia dinámica de funcionamiento. Pese a la más que evidente interrelación entre ambos, lo cierto es que el legislador favorece una notable desconexión del fondo respecto del plan a partir del reconocimiento a las entidades promotoras de aquél de un amplio margen de libertad para la elaboración de sus normas de funcionamiento, en las cuáles, como es previsible, no habrán intervenido los elementos personales del plan¹⁹⁸¹. Volveremos a insistir sobre esta cuestión a lo largo de este capítulo.

Por lo que se refiere a la composición del órgano de supervisión del fondo, se imponen tres tipos de limitaciones a aquel principio de libertad organizativa enunciado, estando previstas ambas en el art. 14 TRLPFP. La primera, tendría carácter cualitativo y vendría referida al tipo de planes que puede integrar un fondo de pensiones (de empleo o personal). La segunda, sería de tipo cuantitativo, vinculada al número de planes que instrumenta el fondo (monoplan o multiplan). La tercera, queda referida al eventual ejercicio por el fondo de una actividad transfronteriza en los términos previstos por el capítulo X del TRLPFP. De este modo, la formación de la comisión de control estaría condicionada por estos tres aspectos, al imponerse en sede legal y reglamentaria determinadas normas de particular cumplimiento para cada modalidad de fondo. Como es natural, nos interesaremos únicamente por las reglas relativas a los fondos de pensiones de empleo, distinguiendo, por lo demás, entre aquéllos que instrumentan un único plan y aquéllos otros que tienen adscritos dos o más planes.

En el primer caso, como ya se avanzó en otro lugar, el ordenamiento jurídico opta por favorecer una identidad orgánica entre el plan y el fondo, exigiendo que sea la comisión de control del primero el encargado de ejercer las funciones del órgano de supervisión del segundo [arts. 14.1.a), párrafo 3º TRLPFP y 63.1.a) RPPF]. Aparte de que se produzca la mencionada coincidencia, también en este caso se reproducen los mismos problemas que se pusieron de manifiesto con ocasión del tratamiento que se hizo de la comisión de control del plan: así, el referido a la paridad en la representación del promotor o promotores y de los partícipes o a la posible ausencia de representantes de la parte de los beneficiarios, entre otras cuestiones¹⁹⁸². Por lo demás, estamos ante un criterio razonable que hay que aplaudir por cuanto simplifica la estructura orgánica de los

¹⁹⁸¹ A la hora de constituir un fondo, se exige que en la escritura pública otorgada por la entidad promotora correspondiente se contengan las normas de funcionamiento del mismo [art. 11.2.e) TRLPFP].

¹⁹⁸² En definitiva, como indica el art. 7.1 de las *Normas de funcionamiento del "Fondo de Pensiones de la Administración General del Estado*, la Comisión de Control del Plan ejercerá las funciones de Comisión de Control del Fondo, sujetándose a las normas que le sean aplicables como tal Comisión de Control del Plan.

planes/fondos de pensiones¹⁹⁸³ y es un exponente claro (aquí sí) de la conexión existente entre el plan y el fondo que lo instrumenta técnica y económicamente¹⁹⁸⁴.

La otra opción compositiva de la comisión de control del fondo, esto es, cuando éste último instrumenta varios planes de pensiones de empleo, plantea dos alternativas posibles en cuanto a su formación: una, que permite integrar en dicho órgano a representantes de cada uno de los planes adscritos y otra, que supone adoptar una representación conjunta de todos ellos [art. 14.1.a), párrafo 2º TRLPFP]. Se trata de dos opciones que están en sintonía con lo previsto en la actualidad para la comisión de control de los planes de promoción conjunta y cuyo reconocimiento se aparta de lo recogido por el anterior texto legal (Ley 8/1987) que únicamente se refería a la primera de las dos vías posibles, la de la representación de todas las comisiones de control de los planes integrados (art. 14.1). Respecto de ambas posibilidades, es el desarrollo reglamentario el encargado de concretar algunos de los aspectos más importantes a destacar de cada una de ellas, procediendo a un análisis por separado de su regulación. Éste será, por tanto, también nuestro planteamiento a partir de ahora.

Antes de ello, resulta obligado poner de manifiesto aquella especificidad que presentan los fondos de pensiones domiciliados en España que tengan adscritos planes de pensiones promovidos por empresas de otros Estados miembros. En este caso, se exige que las normas de funcionamiento de aquéllos prevean la posibilidad de inclusión en la comisión de control de representantes de aquel tipo de planes, a opción de los órganos de representación de empresa y trabajadores según lo establecido a tal efecto en la legislación social y laboral correspondiente (art. 41.3, párrafo 2º TRLPFP). En tal caso, deberá aplicarse lo previsto en la normativa de los planes/fondos de pensiones sobre composición, sistemas de representación y funcionamiento de la comisión de control del fondo a que nos referimos a continuación.

Empezando por la primera de las dos opciones, la de la representación agregada, en la que cada plan tendrá representantes propios en la comisión de control del fondo, el art. 63.2, párrafo 2º RFPF parece apostar por la paridad representativa de partícipes y promotores en consonancia con lo previsto para el órgano de supervisión del plan. Así, se indica por el mencionado precepto que “cada plan designará al menos dos representantes propios en la comisión de control del fondo, uno por su promotor o

¹⁹⁸³ OLARTE ENCABO, S. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Comentario al artículo 14 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 390.

¹⁹⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 587.

promotores, y otro por sus partícipes”. Tal disposición viene a acoger la formulación que en tal sentido ya recogía el modelo de Normas de Funcionamiento de los Fondos de Pensiones de 1988 que la Dirección General de Seguros propuso para los fondos de pensiones, abogando por una distribución paritaria de representantes de promotores y partícipes. Se trataba de una posición que contrastaba con lo propugnado en su momento por una parte de la doctrina que abogaba por una aplicación analógica de la regla prevista en el anterior texto legal para la comisión de control del plan, consistente en garantizar la mayoría absoluta de los partícipes¹⁹⁸⁵. Por tanto, se impone hoy la paridad, de tal modo que incluso frente a esta regla, parece difícilmente aceptable en la actualidad la posibilidad de argüir como excepción a su aplicación lo previsto por la disp. trans. 2ª, párrafo 5º TRFPF en la que se establece la posibilidad de que los planes de pensiones de empleo existentes a 31 de diciembre de 2001 puedan seguir manteniendo la mayoría absoluta de los partícipes en la comisión de control del plan.

En todo caso, lo que desde luego no resuelve la norma reglamentaria es el modo en que pueden quedar representados los beneficiarios del plan en el fondo. Parece evidente que la solución que sugiere el art. 63.2 RFPF es que los partícipes asuman aquélla en clara conexión con lo previsto en el art. 7.2, párrafo 1º TRLPFP en el que se admite que los partícipes sean los representantes de los beneficiarios en la comisión de control del plan. Sin embargo, con esta medida no se tiene en cuenta la más que probable situación de que el colectivo de beneficiarios sí tenga vocales propios en aquel órgano, con lo que no parecería lógico en este caso que siguieran siendo los partícipes los que asumieran su representación en el fondo. Por ello, cabe pensar, en sintonía con lo sugerido en su momento por el modelo de Normas de Funcionamiento de los Fondos de Pensiones y también por la doctrina¹⁹⁸⁶, que si los beneficiarios cuentan con representantes en la comisión de control del plan, entonces parece razonable que los mismos deban tener vocales en el órgano de supervisión del fondo. Habría que sostener incluso que dicha solución se permite por el propio art. 63.2, párrafo 2º RFPF al admitir una designación que vaya más allá –dice, “al menos”- de los dos representantes de la parte de los promotores y de la de los partícipes¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸⁵ La ausencia de un pronunciamiento legal o reglamentario explícito a favor de un tipo de representación u otro –paritario o no- dio lugar a que la doctrina se decantara a favor de introducir el principio de primacía de los partícipes en el ámbito de la comisión de control del fondo. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 581-583 y LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, p. 369. En contra, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 652.

¹⁹⁸⁶ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 652.

¹⁹⁸⁷ Sin embargo, no se terminan de despejar las dudas con respecto a esta cuestión si tenemos en cuenta lo previsto por algunas normas de funcionamiento de fondos de pensiones, que lejos de posibilitar un tercer representante, en este caso, de los beneficiarios, únicamente se refieren a un vocal único tanto de

Por lo que se refiere a la representación conjunta, inédita como se ha dicho en el anterior texto legal (Ley 8/1987), el art. 63.3 RPPF establece una doble posibilidad representativa en el seno de la comisión de control del fondo. De un lado, se admite que dos o más planes de empleo integrados en un mismo fondo puedan agruparse bajo una representación conjunta en dicho órgano de supervisión, sí así lo deciden de común acuerdo las comisiones de control de dichos planes (art. 63.3, párrafo 1º RPPF). De otro, dicha representación conjunta de varios planes integrados en un mismo fondo puede surgir en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial (art. 63.3, párrafo 2º RPPF). Como se ve, también en el marco del órgano de vigilancia del fondo se posibilita la penetración de la autonomía colectiva a través de la segunda de las vías de formación de aquél. Se trata, por tanto, de una opción que resulta coherente con el papel que el legislador ha querido proporcionar a la negociación colectiva en el ámbito de la comisión de control del plan.

Conviene matizar, por otro lado, que el establecimiento de un sistema de representación conjunta para determinados planes no impide que otros integrados en el mismo fondo puedan tener, si así lo desean, una representación propia. Así se prevé en el art. 63.4, párrafo 2º RPPF, al admitir aquella situación de coexistencia en el seno de la comisión de control de ambas formas representativas (propia y conjunta), salvo disposición en contra de las normas de funcionamiento del fondo. Igualmente, tampoco la norma impide que a una representación conjunta no se puedan acoger con posterioridad otros planes adscritos al fondo. Para ello, se formulará la petición correspondiente por parte de la comisión promotora o del control del plan interesado, debiendo ser aceptada “por los representantes del grupo de planes”, o simplemente dicha incorporación será fruto de “un acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial” (art. 63.3, último párrafo RPPF).

Finalmente, cabe señalar que en dicho sistema de representación conjunta rige igualmente la regla de la paridad en su composición, entre la parte promotora y la de los partícipes. El art. 63.3, párrafo 3º RPPF se encarga de recordarlo al indicar que “para cada conjunto de planes agrupados bajo una misma representación conjunta en la comisión de control del fondo, se designarán al menos dos representantes, uno por los promotores, y otro por los partícipes de dichos planes”. Igualmente, se debe insistir, aquí también, en la necesidad de reservar un vocal propio en representación de los beneficiarios, si los hubiera.

Todos estos aspectos, como se ha podido comprobar, son de obligado cumplimiento a la hora de diseñar los elementos de configuración de la

partícipes como de beneficiarios [arts. 7.2) de las *Normas de funcionamiento de “Fondoandalsur, Fondo de Pensiones”* y *“Cajamurcia VII, Fondo de pensiones”*].

comisión de control del fondo, de modo que tanto el desarrollo de éstos como el tratamiento de otros asuntos de interés dependerá de las normas de funcionamiento del fondo de pensiones (art. 63.4, párrafo 1º RPPF). Este reconocimiento a dichas normas de un ámbito de decisión propio no merece en sí mismo juicio de reproche alguno, dado que parece lógico y oportuno deslindar lo que la propia ley prevé, esto es, dos espacios de intervención diferenciados, el de los planes, donde rige el contrato colectivo de previsión, y el de los fondos, donde debe operar el contrato de inversión, financiación y administración del patrimonio. Sin embargo, y esta es una cuestión que se repetirá de forma hartamente insistente, las normas de funcionamiento de los fondos no deberían desconocer aspectos esenciales de ordenación y de funcionamiento de los planes, puesto que, como ya se dijo en otro lugar, entre ambos instrumentos existe una conexión funcional y teleológica. Por ello, no tendría sentido que el proceso de formación de la comisión de control del fondo se trazara sin tener en cuenta las características básicas de los planes que integra.

Este necesario, pero a la vez criticable margen de autonomía de las entidades promotoras de los fondos a la hora de establecer las normas de funcionamiento de los fondos, encuentra del mismo modo un ámbito especialmente propicio para que se tenga en cuenta lo preceptuado por los planes que lo integran: en concreto, en lo relativo a la designación de los miembros del órgano de control interno de los fondos. También aquí rige el principio de libertad organizativa comentado más arriba, correspondiendo a las normas de funcionamiento del fondo especificar cómo debe llevarse a cabo la susodicha designación de los representantes entre los miembros de la comisión de control de los planes afectados o, en su caso, entre los componentes de la comisión negociadora del convenio colectivo supraempresarial o representantes de empresas y trabajadores en dicho ámbito (art. 63.5 RPPF). Y, al igual que lo comentado con respecto a la composición del órgano de supervisión del fondo, también en esta ocasión deben tenerse en cuenta una serie de indicaciones previstas en la norma reglamentaria.

La primera se recoge en el art. 63.2., párrafo 1º RPPF y se refiere al sistema de representación agregada. En dicho precepto se señala que los representantes propios de cada plan de pensiones serán “designados por las respectivas comisiones de control de los planes entre sus miembros”. Parece claro, por tanto, que corresponderá a cada plan efectuar el nombramiento de sus representantes, uno de la parte promotora y otro de la de los partícipes (incluyendo, en su caso, la de los beneficiarios). Ello sugiere que el ámbito apropiado para regular el concreto procedimiento de designación a seguir sea el propio plan, esto es, sus especificaciones. Sin embargo, ello no parece tan claro, si tenemos en cuenta que son las normas

de funcionamiento del fondo las encargadas de modular aquél. En otros términos, se reconoce a los planes la potestad de designación de sus propios representantes, pero al mismo tiempo se posibilita que sea el fondo el que finalmente precise el procedimiento para la designación de los miembros de su comisión de control. A nuestro juicio, esta posible imposición al plan del proceso a seguir en el nombramiento de sus vocales en dicha comisión del fondo no parece que sea la opción más factible. Más bien, consideramos más práctica la fórmula de renvío total al plan del proceso de designación de sus representantes.

La segunda de las previsiones que contiene el RFPF en lo atinente a la designación de los miembros de la comisión de control del fondo queda referida al sistema de representación conjunta. En éste se ha tenido en cuenta la más que previsible intervención de la autonomía colectiva en la implantación de los planes integrados en el fondo. De ahí que el art. 63.3, párrafo 2º RFPF contemple la posibilidad de que la elección de los miembros del órgano de supervisión del fondo se efectúe por “la comisión negociadora del convenio o por los representantes de las empresas y trabajadores en el referido ámbito supraempresarial”, pudiendo recaer la misma en “la totalidad o parte de los componentes de la comisión negociadora o representantes de las partes referidas”. Se opera, en este sentido, una cierta sindicalización de las comisiones de los fondos de pensiones de empleo acorde con la práctica negocial de origen de los planes. Con esta medida, al igual que en el caso del órgano de control de los planes, se corrige una inexistente presencia directa de las representaciones unitarias y sindicales en el esquema institucional de los sistemas privados de pensiones¹⁹⁸⁸. En todo caso, este proceso de designación con participación y presencia de los sujetos colectivos debe tener en cuenta igualmente lo comentado más arriba con respecto al sistema de representación agregada: la posibilidad de que las normas de funcionamiento de los fondos de pensiones introduzcan algún tipo de especificaciones al mismo.

3.2. Organización y funcionamiento

Si con respecto a la formación de la comisión de control del fondo el ordenamiento jurídico de los planes/fondos de pensiones no resulta en exceso incisivo, no se puede decir lo mismo en el caso del régimen de organización y funcionamiento de aquél, donde la norma reglamentaria ha entrado a regular aspectos que su inmediato precedente dejaba en manos de

¹⁹⁸⁸ Hasta ese momento, la presencia de los sujetos colectivos era meramente “traslativa” o indirecta (representación “mediatizada”) a través de la presentación de candidaturas sindicales abiertas para la elección de los representantes de los partícipes y beneficiarios en la comisión de control del plan (MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 582).

la autonomía contractual. En cualquier caso, interesa aquí poner de manifiesto únicamente aquéllos que resultan más controvertidos y que como tales exigen por nuestra parte de un análisis más detenido. En concreto, nos referiremos a partir de ahora a todo lo relacionado con la toma de decisiones en dicho órgano, fundamentalmente la ponderación del voto y el sistema de adopción de acuerdos. Por tanto, se dejarán de lado asuntos como el mandato de los miembros de la comisión, el nombramiento de cargos en su seno, los requisitos de constitución de ésta o la posible existencia de subcomisiones a las que alude el art. 14.3 TRLPFP.

Empezando por lo que se refiere a la ponderación del voto, cabe decir que dicha medida es una consecuencia lógica de la integración en el fondo de varios (o múltiples) planes. Por ello, el art. 64.3, párrafo 2º TRLPFP impone este requisito en el supuesto de utilizarse un sistema de representación agregada, pero también en el caso de que se combine en el seno del órgano de control interno del fondo aquella fórmula con la de la representación conjunta. Por el contrario, si la comisión opera bajo una representación conjunta unitaria de todos los planes adscritos, cada miembro dispondrá de un voto (art. 64.3, último inciso, párrafo 2º RFPF). En cualquier caso, lo verdaderamente interesante a los efectos de dicha ponderación son los criterios que han de servir a tal fin, siendo los mismos, de un lado, el número de representantes designados por cada plan y, de otro, el interés económico que el plan tenga en el fondo (art. 14.5, párrafo 2º TRLPFP). Con mayor rigor, el art. 64.3, párrafo 2º RFPF se refiere, en el segundo caso, “a la cuenta de posición del plan en el fondo o, en su caso, la cuenta de posición del conjunto de planes del sistema de empleo agrupados bajo una representación conjunta”.

De entrada, cabe decir que dicha medida parece ciertamente lógica si atendemos a la configuración de la comisión rectora de los fondos como órgano colegiado, formado por representantes de los diferentes planes adscritos al fondo, los cuáles deben adoptar, como se verá, sus decisiones por mayoría. Por tanto, resulta ciertamente normal que se mida la intensidad del derecho de voto que posee cada uno de los miembros de la comisión de control del fondo en función de la posición o participación que tenga en ese fondo el plan al que representa, y del número de representantes entre los cuáles haya que dividir esa cuota¹⁹⁸⁹. Lo que ocurre es que ambos criterios de ponderación pueden plantear dificultades de diverso signo que conviene simplemente apuntar en estos momentos.

En primer lugar, con respecto a la medición del derecho de sufragio en el fondo de cada uno de los planes en función de su cuenta de posición, cabe decir que dicho criterio supone una ruptura de lo previsto para el caso

¹⁹⁸⁹ OLARTE ENCABO, S. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Comentario al artículo 14...”, *op. cit.*, p. 420.

de la comisión de control del plan con respecto a la elección de sus miembros y a la posición de éstos en su seno¹⁹⁹⁰. Se introduce, de este modo, una regla poco coherente con lo preceptuado en general en todo el sistema integrado de planes/fondos de pensiones, al rechazarse en éste la atribución de un mayor poder decisorio en función de criterios económicos. Pero, aún cuando se pudiera llegar a la conclusión de que tal criterio resulta el más eficaz a la hora de efectuar la ponderación del derecho de voto, no cabe duda de que su medición puede conducir a resultados que no tomen en cuenta otros aspectos igualmente esenciales con respecto a la modulación del derecho de voto, señaladamente el número de trabajadores y pensionistas (partícipes y beneficiarios) del plan adscrito al fondo¹⁹⁹¹.

De otro lado, con respecto al criterio del número de representantes designados por cada plan, habrá que pensar que lo normal será que el valor del voto atribuido a cada uno de los representantes de cada plan no impida su actuación conjunta, a través de la expresión de un voto único¹⁹⁹². Salvo que exista alguna disposición en contra de las normas de funcionamiento del fondo, no se impide que tengan lugar los acuerdos oportunos en tal sentido entre los representantes del plan. Para un sector de la doctrina, por el contrario, la finalidad del art. 14.5, párrafo 2º TRLPFP es evitar precisamente las manifestaciones monolíticas¹⁹⁹³. A nuestro juicio, no se puede inferir de la citada norma una interdicción del voto único entre los representantes del plan en el fondo, si así no se ha previsto en las normas de funcionamiento del fondo, lo que parece razonable si tenemos en cuenta la posibilidad de que exista una idéntica posición entre los representantes del plan ante determinados asuntos.

La segunda de las cuestiones a la que haremos referencia es la relativa al sistema de adopción de acuerdos en el seno del órgano rector del fondo. A ello se refiere el art. 14.5, párrafo 1º TRLP indicando, sin más particularidades, que la toma de decisiones será por mayoría. Dicho sistema se repite en idénticos términos por el art. 64.3, párrafo 1º RFPF, pero a continuación se exige tener en cuenta una serie de previsiones. Al estudio de estas últimas nos dedicaremos a continuación, no sin antes realizar algunas precisiones. La primera resulta bastante evidente a estas alturas, y tiene que ver con el hecho de que este régimen singular de adopción de acuerdos se circunscribe a los fondos de pensiones que integren varios planes y no a los fondos monoplan en los que la comisión de control del plan asume las funciones propias de la comisión de control del fondo. La segunda toma en cuenta la significativa y positiva evolución normativa al respecto, al eliminarse con buen criterio la referencia que el anterior RFPF

¹⁹⁹⁰ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, op. cit., pp. 374-375.

¹⁹⁹¹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 655.

¹⁹⁹² En tal sentido, LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, op. cit., p. 375.

¹⁹⁹³ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 656.

realizaba a la adopción de acuerdos “como mínimo, por mayoría simple” (art. 30.5). Tal previsión, aparte de ser criticada en su momento por la doctrina¹⁹⁹⁴, no tiene sentido hoy al reconocerse la posibilidad de introducir el sistema de mayorías cualificadas en el seno del órgano rector del fondo.

Entrando de lleno en el análisis de las previsiones contenidas en el reglamento, debemos centrar nuestra atención, una vez más, en el llamamiento que éste realiza a las normas de funcionamiento del fondo para que sean éstas las que se encarguen de precisar el régimen de adopción de acuerdos, pudiendo exigir al respecto mayorías cualificadas. Vuelve a darse en este punto una necesaria, pero criticable, autonomización del elemento patrimonial del sistema integrado de planes/fondos de pensiones, siendo, por tanto, las personas jurídicas que instan la constitución del fondo, sin intervención directa de los partícipes del plan, quienes determinarán un aspecto tan esencial en la dinámica de funcionamiento del fondo como es su régimen de acuerdos. Teniendo en cuenta, además, que la posibilidad de establecer mayorías cualificadas viene permitido a la entidad promotora del mismo, la cual, además, podrá impedir la modificación de las reglas de funcionamiento del fondo imponiendo para ello, precisamente, una mayoría cualificada¹⁹⁹⁵. Por ello, resulta oportuno volver a insistir en la necesidad de que las reglas de funcionamiento de la comisión de control y del fondo en general, en las cuáles no han intervenido los representantes de los partícipes, tengan en cuenta lo previsto en los planes adscritos al mismo. Se sugiere, por algún autor, la oportunidad de refrendar el reglamento de funcionamiento del fondo por los representantes de los partícipes, especialmente en lo que se refiere al sistema de mayorías allí establecido¹⁹⁹⁶. De otro modo, la única vía para tachar de ilegal las cláusulas que establezcan un quórum cualificado de votación sería recurrir al juego de la doctrina del abuso de derecho¹⁹⁹⁷.

Precisamente, esta necesaria coordinación que parece requerir el modelo de planes/fondos de pensiones, entre el instrumento de regulación del sistema de previsión y el mecanismo de financiación e inversión, se va a dar con ocasión del tratamiento que el art. 64.4 RFPF realiza de las mayorías cualificadas. Y es que dicho precepto, en consonancia y en referencia a lo previsto para la comisión de control del plan, exige la aplicación de un quórum especial en dos situaciones muy concretas: la primera, cuando un fondo integre planes de pensiones de empleo de

¹⁹⁹⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, pp. 583-585; LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, pp. 372-374 y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 513.

¹⁹⁹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 513.

¹⁹⁹⁶ *Ibidem*, p. 513.

¹⁹⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 585 y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Planes y Fondos de Pensiones...”, *op. cit.*, p. 513.

aportación definida para la contingencia de jubilación (o el fondo tenga adscritos planes de la citada modalidad que supongan el 50 por 100 de las cuentas de posición) y, la segunda, cuando el fondo tenga adscritos planes de prestación definida y mixtos que representen la mitad de las cuentas de posición. Como se ve, se trata de dos situaciones netamente diferenciadas que en coherencia con lo preceptuado para la comisión de control del plan exige valorar de diferente forma los intereses objetivos de partícipes y promotores en el fondo: en la primera, como se ha reiterado suficientemente, el promotor se compromete a realizar una serie de contribuciones que quedan definidas desde el principio, siendo el partícipe el que asume las consecuencias de una desviación de las previsiones actuariales; en la segunda, por el contrario, son las prestaciones a percibir por los beneficiarios las que quedan predeterminadas, de lo que se deduce con claridad que es la parte empresarial (o promotora) la que debe responder ante las alteraciones de las hipótesis de partida que se puedan dar, haciéndose cargo si fuera necesario del aumento del coste del plan. Pues bien, teniendo en cuenta los aspectos apuntados, resulta lógico que en el primer caso se requiera el voto favorable de la mitad de los representantes de los partícipes en la comisión de control del fondo (art. 64.4, párrafo 1º RPPF), pues a ellos afectan directamente las decisiones a tomar en la materia. Por el contrario, en el segundo supuesto, siendo el promotor el que ostenta un interés objetivo preeminente en que la gestión del fondo sea la más adecuada, resulta en todo punto ajustada la exigencia de un voto favorable de la mitad de los representantes de los promotores (art. 64.4, párrafo 2º RPPF).

Por lo demás, estas previsiones cobran pleno sentido en la actualidad si tenemos en cuenta el criterio de la paridad representativa en el seno de la comisión de control del fondo, de ahí que la posibilidad de que determinadas materias deban ser aprobadas mediante mayorías reforzadas resulta satisfactorio en la medida en que se garantiza que los acuerdos no se adopten sin tener en cuenta el conjunto de los intereses en juego. Pero, además, con tales medidas se pone de manifiesto la relevancia que el fondo de pensiones (no sólo el contrato colectivo de previsión que constituye el plan) tiene para los partícipes-trabajadores, reforzando su posición y reconociendo indirectamente la responsabilidad empresarial por las prestaciones comprometidas¹⁹⁹⁸.

Finalmente, cabe referirse a una última cuestión, de la que debemos realizar un breve apunte. Se trata de la posibilidad de que las normas de funcionamiento impongan el requisito de la unanimidad para la adopción

¹⁹⁹⁸ MERCADER UGUINA, J. R. y SUÁREZ CORUJO, B.: “Participación de los trabajadores en los planes de pensiones del sistema de empleo (Comisión promotora y de control)”, en VV. AA. (Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J. R. coords.): *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 742.

de determinados acuerdos. A nuestro juicio, estamos ante una opción que debe descartarse a tenor de lo previsto en el art. 14.5, párrafo 1º TRLFPF, dado que se indica de forma meridiana que se adoptaran los acuerdos por mayoría. Pero además el requisito de la unanimidad, en cuanto supone atribuir un derecho de veto a algún miembro del órgano, además de estar prohibido en determinados órganos colegiados, señaladamente en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 53.3 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada¹⁹⁹⁹), se compadece mal con el interés del legislador en otorgar una distinta capacidad decisoria a cada plan, medida, además de por el número de representantes, por su posición económica en el fondo²⁰⁰⁰. De este modo, de aceptarse el criterio de la unanimidad quedaría desvirtuado dicho principio si algún representante de los planes pudiera imponer su voluntad a los demás merced a su derecho de veto²⁰⁰¹.

3.3. Competencias

El examen detenido de las funciones y facultades de la comisión de control del fondo resulta ser una tarea fundamental para comprender adecuadamente el entero sistema (único o integrado) de previsión social representado por los planes y fondos de pensiones. Sin embargo, no está en nuestro ánimo ni resulta oportuno con respecto al objeto de nuestro estudio realizar un análisis exhaustivo de los cometidos propios de aquél órgano. Nuestra pretensión será más modesta: nos limitaremos a desarrollar, de forma bastante breve, por lo demás, el núcleo esencial de las competencias atribuidas a dicho órgano, con especial mención de las que ofrecen mayor relevancia desde el punto de vista socio-laboral. En todo caso, y antes de proceder a dicho análisis, conviene apuntar que la falta de una regulación sistemática del haz competencial de dicha comisión de control²⁰⁰², con el señalamiento de funciones diseminadas a lo largo del articulado del ordenamiento de los planes/fondos²⁰⁰³, no ha impedido a la doctrina establecer, según su contenido, tres ámbitos fundamentales (de competencias) en los cuáles se desenvuelve el trabajo de aquélla. En

¹⁹⁹⁹ BOE 24 marzo 1995.

²⁰⁰⁰ OLARTE ENCABO, S. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Comentario al artículo 14...”, *op. cit.*, p. 420.

²⁰⁰¹ *Ibidem*, p. 420.

²⁰⁰² LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, p. 376. No resulta descabellado pensar que esta asistematicidad del elenco de funciones a desarrollar por el órgano de control interno de los fondos encuentre su razón de ser en la notable ampliación de sus cometidos que se produjo con ocasión de la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley de planes/fondos de pensiones, pasando de ser un órgano de carácter supervisor a tener auténticas facultades de gestión y representación. *Cfr.* MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos...*, *op. cit.*, p. 113.

²⁰⁰³ TAPIA HERMIDA, A.: *Manual de Derecho de Seguros...*, *op. cit.*, p. 322.

concreto, se hablaría de unas facultades de vigilancia o supervisión, de administración o gestión y, por último, de representación²⁰⁰⁴.

En cuanto a las primeras, conviene resaltar a estos efectos la labor fiscalizadora que el órgano de supervisión del fondo lleva a cabo respecto del cumplimiento de las especificaciones de los planes adscritos y de la observancia de sus propias normas de funcionamiento [arts. 14.2.a) y b) TRLPFP y 64.1.a) y b) RFPF]. Pocas dudas ofrece la segunda facultad enunciada, dado que el control respecto de las normas internas o estatutarias del fondo es una función básica de un órgano de vigilancia y supervisión como éste²⁰⁰⁵. Sin embargo, más problemática resulta la primera, puesto que no se llega a comprender el significado ni sobre todo el alcance de una competencia que tiene asumida igualmente la comisión de control del plan. La supervisión del cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo referente a los derechos de partícipes y beneficiarios es algo que en buena lógica corresponde desempeñar a la comisión de control del plan. Volver a encomendar dicha tarea a la comisión del fondo resulta reiterativo, provocando un exceso de confusión en la delimitación funcional de ambos tipos de órganos de control²⁰⁰⁶. O, incluso, se puede considerar como una manifestación de un cierto sometimiento del plan al fondo²⁰⁰⁷.

Dentro del elenco de funciones de supervisión de la comisión de control del fondo son igualmente importantes todas las relacionadas con las entidades gestoras y depositaria. Para ello hay que partir de lo previsto en general por el art. 13 TRLPFP que encomienda a aquélla el control de la administración del fondo llevada a cabo por las entidades mencionadas. Esta es, por lo demás, la actividad típica de la comisión de control, la cuál se despliega en tres ámbitos esenciales: el primero, se corresponde con el examen y aprobación de la actuación de la entidad gestora en cada ejercicio económico, pudiendo exigir la responsabilidad correspondiente como consecuencia de los perjuicios que se pudieran ocasionar [arts. 14.2.f) TRLPFP y 64.1.e) RFPF]; el segundo, se refiere a la eventual sustitución de la entidad gestora o depositaria [arts. 14.2.g) TRLPFP y 64.1.f) RFPF]; y, el tercero, relativo a la suspensión de la ejecución de actos y acuerdos contrarios a los intereses del fondo [arts. 14.2.h) TRLPFP y 64.1.g) RFPF]. A ello hay que añadir la posibilidad de que la comisión de control del fondo pueda recabar de las entidades gestora y depositaria la información que resulte pertinente para el ejercicio de sus funciones [arts. 14.2.d), párrafo 2º TRLPFP y 64.1.i), párrafo 2º RFPF].

²⁰⁰⁴ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, op. cit., p. 376.

²⁰⁰⁵ OLARTE ENCABO, S. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Comentario al artículo 14...”, op. cit., p. 406.

²⁰⁰⁶ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, op. cit., p. 378.

²⁰⁰⁷ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 712.

Del conjunto de estas facultades de fiscalización de la gestión de las entidades mencionadas se desprenden dos observaciones: de un lado, parece claro que la comisión de control del fondo no se limita únicamente a aprobar las cuentas anuales de aquéllas, esto es, a intervenir en un plano meramente contable, sino que su actuación se extiende además a la oportunidad y conveniencia de la gestión llevada a cabo²⁰⁰⁸; de otro, se constata con dichas competencias el protagonismo de la comisión de control respecto de los entidades gestora y depositaria, lo que, como se comprobará, se traslada también al ámbito de la gestión²⁰⁰⁹.

El segundo de los ámbitos competenciales de la comisión de control del fondo se refiere a su participación en la administración o gestión. De esta actuación debe destacarse el papel que dicho órgano rector puede jugar en la dirección financiera del patrimonio, no sólo por cuanto puede sustituir a la entidad gestora y depositaria o suspender los actos o acuerdos de éstas, sino fundamentalmente porque del conjunto de las prescripciones contenidas en los arts. 69 y 81.2 RFPF se desprende una posición preeminente de aquél en la ordenación y determinación de las inversiones a realizar. En primer lugar, se debe resaltar que será la comisión de control del fondo de pensiones, con la participación de la entidad gestora, la encargada de elaborar por escrito una declaración comprensiva de los principios de su política de inversión (art. 69.3, párrafo 1º RFPF). Y, en segundo lugar, corresponde a la entidad gestora desarrollar sus funciones, en particular, la referida a la selección de inversiones, en los términos expresamente establecidos por la comisión de control del fondo (art. 81.2, párrafo 1º RFPF). Con independencia de si esta actuación, en lo atinente a la selección y gestión de las inversiones y de ejercicio de los derechos inherentes a los títulos y bienes del fondo debe reputarse como propia de aquél órgano rector²⁰¹⁰, lo cierto es que de ambas previsiones se obtiene una significativa relevancia de la citada comisión en la gestión, señaladamente en relación a la política inversora.

Finalmente, la actividad de la comisión de control del fondo se circunscribe a ejercer un papel de representación de tipo institucional. No se hablaría, en este sentido, de una representación del patrimonio (del fondo) como tal, dado que ello resulta impropio, sino más bien de un modelo de representación expresamente pensado para actuar en nombre y

²⁰⁰⁸ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, p. 379.

²⁰⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 587.

²⁰¹⁰ Siendo el art. 40.7 del anterior reglamento de planes y fondos de pensiones el que contemplaba las funciones relativas a la selección de las inversiones en los fondos, se consideraba por una parte de la doctrina que dichos cometidos estaban reservados a la Entidad Gestora, correspondiendo a la comisión de control la fijación de los límites o condiciones en que debía sujetarse su actuación (LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, p. 381). Para otros autores, sin embargo, el titular primigenio de aquellas facultades era más bien el órgano de supervisión del fondo, quién, en todo caso, delegaba las mismas en la Entidad Gestora (TAPIA HERMIDA, A.: *Manual de Derecho de Seguros...*, *op. cit.*, p. 322).

por cuenta de los únicos titulares de los recursos patrimoniales (los partícipes y los beneficiarios)²⁰¹¹. Ahora bien, el alcance de esta atribución representativa dista de ser una cuestión pacífica en la doctrina, en gran medida por lo impreciso que resulta el art. 14.2.e) TRLPFP al conferir sin más particularidades tal representación a la comisión de control del fondo, añadiendo, además, que la misma se podrá delegar a la entidad gestora para el ejercicio de sus funciones de representación. Así, a partir de lo preceptuado en dicha norma, se ha podido sostener: de un lado, que dicha representación institucional se asume de forma originaria por la comisión de control del fondo y alcanza las funciones de supervisión, dirección y gestión, no correspondiendo a las entidades gestoras ostentar la titularidad primigenia de facultades de estricta representación²⁰¹²; de otro, sin embargo, se ha podido postular que también la entidad gestora asume funciones representativas, dado que se considera que no puede haber gestión que se desenvuelva sin aquéllas²⁰¹³.

VIII. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO

Tal y como se comentó con anterioridad, la figura del plan de pensiones tiene una finalidad de previsión, esto es, trata de cumplir una función social o de protección que se manifiesta en el hecho de que con aquélla lo que se pretende es obtener unas rentas o capitales para afrontar el pago de unas prestaciones cuando se produzca el acaecimiento de las contingencias pensionables. Por tanto, desde el punto de vista de su dimensión social, los planes de pensiones son una técnica de previsión, que como tal se caracteriza por llevar a cabo una acción de anticipación a hechos futuros y disponer de medios adecuados para atender los riesgos previstos.

Pues bien, teniendo en cuenta esta premisa, es decir, que el sistema de planes de pensiones privados se constituye en una estrategia de reparto del riesgo, parece razonable exigir de estos instrumentos un margen razonable de seguridad, entendido en el sentido de que frente a la actualización de las contingencias previstas en el contrato-plan, éste atenderá las situaciones de necesidad que éstas ocasionen²⁰¹⁴. Y es que las técnicas de previsión no se entenderían como tales si no comportaran ese elemento o factor de seguridad que, por otra parte, es connatural a dichos instrumentos. Por ello,

²⁰¹¹ Posición defendida por MONEREO PÉREZ, J. L.: “Instituciones de control y gestión...”, *op. cit.*, p. 591.

²⁰¹² *Ibidem*, pp. 591-599.

²⁰¹³ LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de...*, *op. cit.*, pp. 302-303.

²⁰¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El tratamiento de la relación post-contractual...”, *op. cit.*, p. 213.

a lo largo de los siguientes apartados, trataremos de analizar en qué medida el modelo legal de los planes de pensiones ofrece los mecanismos adecuados –garantías- para dar solución a cuestiones tales como: la incidencia en los derechos de previsión regulados en el contrato-plan de una eventual disponibilidad de las pensiones complementarias por la fuente institutiva de origen, ya el convenio colectivo o la decisión unilateral del promotor –principio de modificación o supresión-, la portabilidad de los derechos de protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea –principio de movilidad externa-, la viabilidad de la técnica de previsión –principio de seguridad- y la continuidad de la protección instituida –principio de continuidad- ante las posibles vicisitudes por las que pueda atravesar la empresa. En suma, se trata de comprobar en qué medida el instituto de los planes de pensiones resulta ser un auténtico sistema de seguridad previsora.

1. El problema de la disponibilidad de las pensiones complementarias: su incidencia en los derechos de previsión objeto de regulación por los planes de pensiones

El primero de los aspectos objeto de nuestra atención, en el que está en juego la exigencia antes apuntada de un margen razonable de seguridad en la realización de los objetivos propios de las técnicas previsoras, entre ellas, la de los planes, está constituido por la estabilidad de que pueden gozar los derechos de previsión contemplados en éstos ante las variaciones o modificaciones introducidas por la fuente de definición de tales derechos, esto es, el convenio o acuerdo colectivo o la decisión unilateral del promotor. En otras palabras, lo que se trata de plantear en este apartado es la incidencia que puede tener el instrumento de fijación de los compromisos por pensiones en el contrato-plan, señaladamente ante la posibilidad de una intervención modificativa o supresora de los derechos a pensiones complementarias del primero. No en vano la propia lógica de la protección social a la que atienden los planes, a saber, la de procurar la acumulación e inversión de unos recursos patrimoniales que den cumplimiento a los compromisos contraídos a largo plazo, se puede compaginar mal con la variabilidad intrínseca de los instrumentos de creación de los planes²⁰¹⁵. Por ello, resulta preceptivo comprobar de qué modo el sistema legal de los planes da respuesta a este aspecto, posibilitando la pervivencia del régimen de previsión. En cualquier caso, en el análisis que a continuación se hará de esta cuestión, habrá que tener en cuenta una doble diferenciación según tengan su origen los compromisos

²⁰¹⁵ Y es que, como ha indicado ZAMPINI, el problema de la sucesión de los acuerdos colectivos cobra una especial importancia en el ámbito de la previsión complementaria, si tenemos en cuenta la natural colisión entre la fuente institutiva y el régimen de previsión objeto de regulación (*La previdenza complementare...*, *op. cit.*, p. 126).

de pensiones en la negociación colectiva o en la propia iniciativa del empleador. Dicha distinción parece obvia, si tenemos en cuenta las distintas reglas de aplicación en ambos casos: en el primero, habrá que estar al Derecho común de la negociación colectiva y, en el segundo, a lo pactado por las partes.

1.1. Convenio colectivo y alterabilidad o supresión de los compromisos por pensiones

En diferentes apartados de este trabajo se ha tratado de analizar el grado de interacción existente entre los planes de pensiones y la negociación colectiva. Pues bien, también en este momento resulta obligado preguntarse sobre tal interdependencia, específicamente respecto de una cuestión crucial, como es la repercusión que sobre el plan privado de pensiones pueden llegar a tener las vicisitudes de la fuente colectiva de reglamentación, desde la denuncia del convenio, pasando por la modificación *ante tempus* del mismo, hasta su derogación por uno nuevo. No en vano se trata de un aspecto de suma importancia, en el que, como se comprobará, el sistema normativo de ordenación de los planes insiste en otorgar a éstos un marco de autonomía relativo con respecto a la negociación colectiva, sin que ello suponga el que esta última no pueda intervenir modificando o suprimiendo hacia el futuro las obligaciones en curso de cumplimiento pactadas previamente dentro del convenio. Y es que independientemente de que esta posibilidad estuviera prevista en el convenio que dio origen al plan, su modificación o supresión pro futuro va a poderse efectuar a través de cualquiera de los mecanismos previstos para la alteración convencional²⁰¹⁶. Así, se describirán en primer término las distintas posibilidades de intervención de la negociación colectiva, para luego determinar los límites y garantías que impone el sistema legal frente a esa actuación novatoria de los sujetos negociadores. Pero antes conviene justificar, siquiera brevemente, tal poder de alteración que corresponde a la autonomía colectiva respecto de los derechos consagrados convencionalmente²⁰¹⁷.

²⁰¹⁶ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: *Flexibilidad y compromisos...*, *op. cit.*, p. 42. Las SSTs 16 julio 2003 (RJ 2003, 7256) y 18 julio 2003 (RJ 2003, 7299) resultan bastante contundentes al respecto al considerar que “no es necesario que el pacto que haya instaurado el derecho cuestionado establezca el procedimiento para su modificación o supresión; la conservación y el respeto de los derechos está condicionada por la voluntad de los negociadores”. Por el contrario, para una parte de la doctrina, incluido el voto particular emitido por los Magistrados Desdentado Bonete y Martín Valverde a la STS 16 julio 2003, la modificación de las condiciones de los derechos de previsión sólo sería posible si en el convenio colectivo de origen se hubiesen previsto expresamente las causas y el procedimiento para llevarla a efecto. *Vid.*, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de...*, *op. cit.*, p. 578; VALDÉS de la VEGA, B.: *Mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 97; GALLARDO MOYA, R.: “Las mejoras voluntarias...”, *op. cit.*, p. 487; y LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, *op. cit.*, p. 525.

²⁰¹⁷ En Francia, esta cuestión se planteó tempranamente a partir de la duda suscitada con respecto a la eventual aplicación a los acuerdos específicos de previsión voluntaria del Derecho común de la negociación colectiva. Para DURAND aquellos acuerdos no eran inmunes a lo previsto con carácter

En primer lugar, cabe decir que tal facultad de variación de las condiciones pactadas colectivamente descansa en los principios de modernidad y regresividad del convenio colectivo, cuya aplicación supone amparar cualquier cambio sustancial “in peius” o la supresión del régimen de previsión²⁰¹⁸. Siendo el convenio colectivo una norma, en esencia, eminentemente temporal, no cabe postular su carácter invariable. Al contrario, parece claro que si el convenio colectivo limita su vigencia al ámbito temporal pactado, una vez vencido éste y sustituido el convenio por otro posterior, nada impide en este último la existencia de cláusulas que, comparadas con el precedente, puedan ser consideradas menos favorables. Por tanto, de manera general, el nuevo convenio puede modificar o suprimir los compromisos por pensiones definidos en el convenio anterior, sin que quepa argüir la existencia de condición más beneficiosa al amparo de la norma colectiva precedente²⁰¹⁹. Y es que los derechos reconocidos en el convenio no se incorporan al contrato de trabajo bajo la fórmula de derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas²⁰²⁰, lo que implica que no se pueda postular la existencia de un principio de inmodificabilidad in peius del régimen complementario de previsión en virtud de un acuerdo o convenio colectivo sobrevenido²⁰²¹.

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta que el grado de afectación del convenio en su capacidad de alterar condiciones de trabajo pactadas con anterioridad no se circunscribe única y exclusivamente a los trabajadores presentes incursos en su ámbito de aplicación. Al contrario, las modificaciones en materia de previsión que adopte la autonomía colectiva

general para los convenios colectivos, pudiendo verse afectados por lo dispuesto en éstos últimos (“Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale”, *Droit Social*, 1960, p. 50) Para otros, señaladamente DUPEYROUX, se cuestionaba que a los acuerdos que tienen como único contenido la creación de un régimen de previsión se les pudiera aplicar las normas generales de los convenios colectivos (“Avant-propos”, *Droit Social*, 1986, p. 279). Pese a que en la actualidad el art. L. 911-1 del Code de la Sécurité sociale se decanta por la primera de las posturas, esto es, la del sometimiento de los acuerdos específicos al derecho común de la negociación colectiva, lo cierto es que el debate sigue teniendo plena actualidad tanto por las dificultades de aplicación que dichas reglas generales presentan en el ámbito de la previsión social complementaria como por las últimas soluciones jurisprudenciales en la materia. *Vid.*, en este sentido, BARTHÉLÉMY, J.: “La nature juridique des accords de retraite complémentaire”, *Droit Social*, núm. 5, 2003, pp. 513-517.

²⁰¹⁸ El ET ofrece suficientes apoyos normativos (arts. 82.3 y 86.4) “a la negociación colectiva concesiva, en virtud de la cual quienes negocian del lado de los trabajadores pueden, valoradas las circunstancias económicas y sociales, introducir tratamientos normativos peyorativos en las condiciones de trabajo y empleo” (VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Mejoras voluntarias...”, *op. cit.*, p. 40).

²⁰¹⁹ No se puede postular en la actualidad la aplicabilidad del principio de irreversibilidad in peius de las normas laborales. *Vid.*, CAMPS RUIZ, L.: “La condición más beneficiosa”, en VV. AA.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 231.

²⁰²⁰ Se hace prevalecer la autonomía colectiva respecto de la autonomía individual, haciendo superior a la primera “en la conformación sucesiva del contrato de trabajo” (REY GUANTER, S. del: “Autonomía individual y autonomía colectiva; algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 77, 1996, p. 434).

²⁰²¹ Es ésta, por lo demás, la línea seguida por nuestra jurisprudencia. *Vid.*, al respecto, SSTS 11 mayo 1992 (*RJ* 1992, 3542); 17 octubre 1992 (*RJ* 1992, 7650); 16 diciembre 1994 (*RJ* 1994, 100098); 10 febrero 1995 (*RJ* 1995, 1148); 26 febrero 1996 (*RJ* 1996, 1507); y 3 diciembre 1998 (*RJ* 1998, 10193).

también afectarán a los trabajadores pasivos ya jubilados, ya que siguen dentro del convenio colectivo y mantienen su vinculación con la empresa a estos efectos. Y es que el principio de modernidad que ha de presidir la sucesión temporal de las normas convencionales se aplicaría a todos los destinatarios del convenio, independientemente de su situación laboral²⁰²². A tal efecto, existe toda una línea jurisprudencial consolidada que avala esta postura y que niega legitimidad a los trabajadores pasivos para impugnar por legalidad o lesividad el nuevo colectivo²⁰²³.

A) Vías de intervención de la negociación colectiva con incidencia en el plan contratado colectivamente

Empezando por la denuncia del convenio colectivo, cabe decir de modo general que su incidencia con respecto al sistema de previsión instituido va a depender de la naturaleza normativa u obligacional que se le otorgue a éste último en el marco del convenio. Y así, conforme al art. 86.3 ET, de considerar que las cláusulas convencionales que contemplan el plan de pensiones forman parte del contenido obligacional, la eficacia del régimen de previsión decaería automáticamente llegado el término y denunciado el convenio. Por el contrario, si a tales cláusulas se les atribuye naturaleza normativa, el plan continuaría vigente mientras duren las negociaciones del nuevo convenio, siempre y cuando las partes negociadoras no hayan acordado otra cosa. Pues bien, teniendo en cuenta este aspecto, parece claro que la pervivencia del régimen de previsión contemplado en el convenio, una vez denunciado el mismo, va a depender, en primer lugar, de su incardinación entre la parte normativa de aquél, lo que a nuestro juicio debe confirmarse, dado que del reconocimiento de la existencia de un plan como de su integración en el propio convenio se deducen verdaderos derechos subjetivos para los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la norma convencional²⁰²⁴. Aún siendo ésta una cuestión controvertida en general respecto de las cláusulas colectivas de previsión social²⁰²⁵, lo cierto es que salvo aquéllas que se refieren a la formalización futura de un plan de pensiones²⁰²⁶ el resto de las previsiones

²⁰²² No cabría, en este sentido, argüir el principio de irretroactividad que para las “disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales” impone el art. 9.3 CE como una especie de muro de contención de una eventual modificación por convenio colectivo del régimen previsor.

²⁰²³ *Vid.*, al respecto, SSTs 14 julio 1995 (RJ 1995, 6255); 24 julio 1995 (RJ 1995, 6326); 26 julio 1995 (RJ 1995, 6722); 20 diciembre 1996 (RJ 1996, 9812); 9 febrero 1999 (RJ 1999, 2483); y 17 abril 2000 (RJ 2000, 2768).

²⁰²⁴ YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, p. 149. En idéntico sentido, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 175.

²⁰²⁵ Un análisis pormenorizado de esta problemática, tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, en VALDÉS de la VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad...*, *op. cit.*, pp. 89-92; GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, pp. 229-230; y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 173-179.

²⁰²⁶ Más específicamente, estaríamos ante cláusulas obligacionales en los supuestos en los que las partes negociadoras adquieren un compromiso de estudiar la viabilidad de la implantación de un plan de

en materia planes deben calificarse como normativas, pudiendo exigir su cumplimiento quiénes resulten titulares de los derechos reconocidos²⁰²⁷. En segundo lugar, la ultra-actividad de la estipulación convencional sobre planes privados de pensiones requerirá o bien la existencia de un acuerdo en tal sentido que posibilite la continuidad de dicho sistema previsor, pese a que el convenio haya llegado a su término y haya sido objeto de denuncia o bien, como alternativa, que no exista tal pacto, lo que supone que por mandato legal *ex art. 86.3 ET* se mantenga en vigor el contenido normativo del convenio. En el primer caso, hablaríamos de una ultra-actividad “*ex convenio*” y, en el segundo, de una ultra-actividad “*ex lege*”²⁰²⁸.

Junto a esta situación, y en el marco de la duración de la fuente colectiva que instituye el plan, cabe referirse a otros dos aspectos, a saber, a la posibilidad de que las partes negociadoras del convenio contemplen un período de vigencia distinto (o superior) para el régimen previsor (*art. 86.1 ET*) y a aquella otra opción de aplicación retroactiva parcial del nuevo convenio en materia de previsión social. La primera de las cuestiones planteadas no resulta descabellada si tenemos en cuenta la distinta naturaleza de las materias objeto de regulación por la norma colectiva. Pero además dicha medida parecería enormemente pertinente a los efectos de favorecer la estabilidad de los compromisos por pensiones en el contexto de la sucesión convencional²⁰²⁹. Por su parte, la existencia de un acuerdo sobre el carácter retroactivo de algunas de las cláusulas normativas del convenio, entre ellas las referidas al plan de pensiones, resultaría en todo punto aceptable, tanto para aquellos supuestos en que dicho régimen de previsión se hubiera instituido por primera vez en el nuevo convenio como cuando el mismo tuviera como finalidad la introducción de algún cambio en relación a lo contenido en el convenio anterior²⁰³⁰.

La segunda de las vicisitudes del convenio que puede afectar al plan de pensiones objeto de regulación es la relativa a su eventual modificación

pensiones (SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 177), puesto que se trata de “obligaciones o compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí” [STS 21 diciembre 1994 (*RJ* 1994, 10346)].

²⁰²⁷ La jurisprudencia se ha decantado por la opción de considerar como normativas a las reglas sobre acción asistencial [STS 20 diciembre 1995 (*RJ* 1995, 9486)].

²⁰²⁸ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto...*, *op. cit.*, p. 644.

²⁰²⁹ Así lo entiende GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, *op. cit.*, p. 252. Para SUÁREZ CORUJO está vía “no está necesariamente exenta de problemas. Así, desde el momento en que la mayor vigencia afecte a varias materias y lo haga de forma diversa, es imaginable la creación de una situación poco clara de la que derivaría una evidente inseguridad jurídica. En otras palabras, la opción por pactar la mayor vigencia de las cláusulas convencionales que regula un plan de pensiones constituye una medida efectiva si se produce de manera aislada, pero podría resultar complicada si no es la única materia con una vigencia distinta a la que rige el convenio en general” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 180). En cualquier caso, y en materia de planes privados de pensiones, se puede citar algún ejemplo aislado de esta práctica, en concreto, el art. 53 del *II Convenio Colectivo Marco del Grupo ENDESA* (BOE 3 agosto 2004).

²⁰³⁰ VALDÉS de la VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad...*, *op. cit.*, p. 92.

o revisión durante su período de vigencia. Dicha actuación, encaminada a reformar las condiciones pactadas en la norma colectiva en vigor, con incidencia en el régimen previsor instituido, va a poder llevarse a cabo de diferentes maneras: de un lado, por mutuo acuerdo de las partes, lo que conllevará la apertura de un proceso negociador o, en su caso, y de forma excepcional, la intervención de la comisión paritaria; de otro, por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, pero también de manera unilateral, ambos en determinados supuestos excepcionales. Sea como fuere, y a falta de las prevenciones legales que más abajo se desarrollarán, lo cierto es que la autonomía colectiva va a poder intervenir alterando las condiciones de regulación del plan de pensiones por cualquiera de las vías que a continuación se expondrán.

En el primer caso, el de la revisión parcial del convenio colectivo, la regla general es que la misma ha de llevarse a cabo con participación de todos los sujetos legitimados para negociar en la correspondiente unidad (art. 87 ET). Si lo pretendido por las partes es modificar algunos aspectos del convenio, entre ellos alguno relativo al sistema privado de pensiones, no cabe otra alternativa que dar apertura a un nuevo proceso negociador y, como tal, constituir de nuevo la comisión negociadora²⁰³¹. Por tanto, si de lo que se trata es de introducir alteraciones o modificaciones en el convenio difícilmente dicha tarea se podrá encomendar a la comisión paritaria, dado que a ésta no le corresponde asumir funciones que impliquen negociación y que no sean administración o ejecución del convenio²⁰³². Ahora bien, cabría pensar en un supuesto en el que dicho órgano pudiera intervenir, incidiendo en determinados aspectos del plan negociado colectivamente: en concreto, nos referimos a la posibilidad de que la misma pueda llevar a cabo funciones de actualización del texto del convenio, de acuerdo con los criterios o factores previamente dispuestos por el propio texto convencional²⁰³³. Cabe pensar, en este caso, en la opción de que la comisión paritaria se encargue de revisar aspectos relacionados con el régimen de aportaciones empresariales y/o, de forma indirecta, de prestaciones, bajo las condiciones y reglas prefiguradas colectivamente, lo que podría justificarse en atención a la finalidad buscada con este acto, cuál es la de garantizar la aplicabilidad del contenido de lo pactado²⁰³⁴.

La segunda vía modificativa del plan por la intervención de la autonomía colectiva estando todavía vigente el convenio de origen pasa por

²⁰³¹ Como indica la STC 73/1984, 27 junio 1984 la revisión sigue el mismo esquema procedimental de la negociación, por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación.

²⁰³² *Vid.* STS 30 octubre 2001 (RJ 2002, 2381). En todo caso, habría que matizar que no siempre resulta sencillo diferenciar la tarea ejecutiva de la negociadora, de ahí que la jurisprudencia haya aceptado que la comisión paritaria asuma funciones de negociación. Sobre esta problemática, véase SSTS 9 julio 1999 (RJ 1999, 6161) y 4 julio 1996 (RJ 1996, 4883) y la STC 184/1991, 30 septiembre 1991.

²⁰³³ Véase, SSTS 8 febrero 1995 y 25 marzo 1992 (RJ 1992, 1874).

²⁰³⁴ *Vid., in extenso* SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 199-204.

el acaecimiento de una serie de circunstancias excepcionales. Es decir, la admisión de una denuncia anticipada del convenio que ha servido para definir los derechos de previsión y que se encamina a la renegociación de lo pactado antes de la fecha prevista podría estar justificada en atención a la existencia de condiciones obstativas al cumplimiento de lo pactado colectivamente, entre ellas, cabe pensar en la dificultad por parte empresarial de mantener los niveles de contribución asumidos. Ello sugiere la posibilidad de acudir a diversos mecanismos de alteración del convenio en ese punto, desde la utilización de la cláusula “*rebus sic stantibus*” hasta el cauce predispuesto legalmente por el artículo 41 ET.

Empezando por el segundo supuesto, se ha considerado que la utilización del procedimiento previsto en el mencionado precepto encontraría serias dificultades para poder llevarse a cabo, y ello como consecuencia de la imposibilidad de incluir el régimen de aportaciones al plan entre las materias susceptibles de ser modificadas por dicho cauce, en concreto, en la relativa al “sistema de remuneración” [art. 41.1.d) ET]. La razón estribaría en que por tal concepto habría que entender la forma de retribuir el trabajo y no tanto su cuantía²⁰³⁵, pudiendo ser objeto de modificación los aspectos cualitativos de distribución interna de las partidas salariales, siempre que no se incida sobre los aspectos cuantitativos de la propia retribución²⁰³⁶. Ello serviría, del mismo modo, para deslindar con mayor claridad el supuesto modificatorio objeto de nuestro análisis del recogido en el artículo 82.3 ET, el cuál resultaría de aplicación en el caso en que se pretenda una reducción directa de la masa salarial²⁰³⁷. Por tanto, cualquier modificación que se pretenda vía art. 41 ET con el objetivo de incidir sobre los niveles de contribución empresariales comprometidos colectivamente en el marco de un plan de pensiones parecería descartada²⁰³⁸. Sin embargo, para una parte de la doctrina esta solución implicaría que ante una crisis empresarial que le impida al promotor dar continuidad a las aportaciones al plan y en la que no resulta posible, como se ha dicho, acudir al procedimiento previsto en el art. 41 ET en el que se exige el acuerdo con los representantes de los trabajadores para reducir los compromisos de contribución asumidos se dejaría paso, si acontecen las circunstancias para ello, al mecanismo de la cláusula *rebus sic stantibus*²⁰³⁹.

²⁰³⁵ RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo”, *Documentación Laboral*, núm. 53, 1997, p. 32.

²⁰³⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, *Relaciones Laborales*, núm. 17-18, 1994, p. 127. En igual sentido, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactada en convenio colectivo*, Madrid, Comité Económico y Social, 1996, p. 106 y BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 96, 1999, p. 527.

²⁰³⁷ RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones de trabajo...”, *op. cit.*, p. 32 y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones...*, *op. cit.*, p. 106

²⁰³⁸ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 209.

²⁰³⁹ *Ibidem*, p. 209.

Por ello, y en aras de proteger de forma más eficaz el régimen de aportaciones empresariales al plan, parece acertado postular que ante situaciones de dificultad para la empresa ésta pueda instar el mecanismo de modificación recogido en el art. 41 ET, favoreciendo la inclusión de aquél en la expresión “sistema de remuneración” del citado precepto²⁰⁴⁰.

Precisamente, esta defensa del art. 41 ET en su aplicación a los planes contratados colectivamente nos obliga a plantearnos entonces en qué lugar queda la cláusula *rebus sic stantibus* a estos efectos. En definitiva, se trataría de preguntarnos sobre la posibilidad de acudir a dicho mecanismo de carácter civilista si acontecen circunstancias excepcionales que comprometan la obligación de contribución asumida por el promotor sin necesidad de someterse al procedimiento recogido en el art. 41 ET. Sin ser ésta una cuestión pacífica²⁰⁴¹, habría que estar de acuerdo con aquellas posiciones doctrinales que apuestan por considerar en este punto que la cláusula *rebus* sería independiente y subsidiaria en su aplicación de la vía modificativa propiamente laboral²⁰⁴². Ello supondría que de ser posible habría que acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 ET y sólo cuando éste no fuera factible cabría recurrir a la cláusula *rebus*²⁰⁴³.

La última de las vicisitudes de la norma pactada colectivamente con incidencia en el plan de pensiones se refiere a la figura de la sucesión convencional. En este caso, y con base en el art. 86.4 ET, no cabe duda de que las negociaciones colectivas posteriores van a poder modificar o suprimir hacia el futuro los compromisos por pensiones pactados en convenios anteriores. Ahora bien, la única duda que sobre esta cuestión se puede suscitar está relacionada con aquella situación en la que el convenio que sustituye al anterior nada dice respecto a la continuidad de un plan contemplado en el convenio derogado. Y así, teniendo en cuenta los términos en los que se expresa el art. 86.4 ET, el cuál establece que el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan por voluntad de los sujetos negociadores, parece desprenderse con suficientemente rotundidad la necesidad de que exista un pacto que haga explícito el deseo de las partes de dar continuidad al régimen previsor como forma de evitar la derogación completa del convenio preexistente, incluido el propio plan de pensiones²⁰⁴⁴. A nuestro juicio, la regla contenida en el art. 86.4 ET impone

²⁰⁴⁰ *Ibidem*, p. 210.

²⁰⁴¹ Resulta emblemática la conocida STS 4 julio 1994 (RJ 1994, 6335) en la que se pusieron en evidencia las dificultades que la cláusula *rebus sic stantibus* presentaba en su aplicación en el ordenamiento laboral.

²⁰⁴² BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “La supresión o modificación unilateral de obligaciones...”, *op. cit.*, p. 535; GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, *op. cit.*, p. 259; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 217.

²⁰⁴³ GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, *op. cit.*, p. 259.

²⁰⁴⁴ Así lo creen VALDÉS de la VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad...*, *op. cit.*, p. 94 y GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, *op. cit.*, p. 242. Por el contrario, para SUÁREZ

a las partes negociadoras un deber de diligencia en la sucesión convencional, exigiendo de los sujetos negociadores que sean extremadamente cuidadosos a la hora de articular el tránsito de uno a otro²⁰⁴⁵.

B) Garantías y límites a la disponibilidad de los derechos de previsión contemplados en el plan pactado colectivamente

Hasta aquí únicamente se han tratado de describir los diversos cauces de actuación de la negociación colectiva respecto de una eventual modificación o supresión de los derechos de previsión contemplados en un convenio o acuerdo colectivo. Ahora bien, con dicho análisis en modo alguno se ha pretendido determinar el alcance y el grado de afectación que la autonomía colectiva ostenta sobre el plan de pensiones formalizado en el ámbito negocial. Por ello, resulta pertinente en este momento precisar el tipo de disponibilidad que los sujetos negociadores tienen respecto de los derechos de previsión reconocidos convencionalmente. En suma, se procederá a partir de ahora a analizar el conjunto de las garantías y límites legales que desde el sistema regulador de los planes de privados de pensiones se impone a la actuación modificativa y novatoria de la negociación colectiva.

En primer lugar, hay que hacer notar que el sistema jurídico-normativo de los planes va a garantizar la intangibilidad de los derechos de previsión consagrados convencionalmente. En otras palabras, la negociación colectiva concesiva no a va poder operar con respecto a los derechos consolidados de los partícipes y a los derechos adquiridos de los beneficiarios²⁰⁴⁶. Sin querer ser en exceso reiterativos, conviene recordar de

CORUJO “parecería excesivo que una simple omisión sirviera para suprimir un sistema que requiere de estabilidad por naturaleza” (*Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 195).

²⁰⁴⁵ Criterio mantenido por OLARTE ENCABO, S.: “Comentario al artículo 86 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto...*, *op. cit.*, p. 944.

²⁰⁴⁶ En Italia, sin embargo, no resulta pacífica esta cuestión relativa al margen de modificabilidad vía contrato colectivo de la posición jurídica de los destinatarios de fondos de pensiones. Se discute, en este sentido, acerca de la naturaleza de los derechos ordenados convencionalmente en el ámbito de la previsión social complementaria. De forma extensa, sobre esta problemática, *vid.* VIANELLO, R.: *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, CEDAM, 2005, pp. 501-528; DONDI, G.: “Le vicende modificative delle fonti istitutive”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza...*, *op. cit.*, pp. 297-301; y ZAMPINI, G.: *La previdenza complementare...*, *op. cit.*, pp. 126-138. Por su parte, en Francia, las consecuencias de la revisión de un acuerdo de previsión social respecto de los derechos consagrados en éste se hace depender de aspectos que la jurisprudencia ha ido concretando, a saber, en razón de las circunstancias intrínsecas del régimen de protección puesto en marcha, ya sea éste de cotización o prestación definida, o de la realización del riesgo objeto de cobertura (esto es, de su liquidación); siendo la noción de derecho adquirido la que sirve para trazar la línea directriz en punto al mantenimiento o preservación de éstos frente a la modificación o revisión adoptada. *Vid.*, al respecto, LANGLOIS, PH.: “La révision des accords collectifs de retraite après le jugement du Tribunal de grande instance de Paris 28 mars 1995”, *Droit Social*, núm. 7-8, 1995, pp. 696-701; COURSIER, PH.: “La révision d’un accord de retraite supplémentaire et ses conséquences (Cour de cassation, ch. soc. 28 mai 2002)”, *Droit Social*, núm. 9-10, 2002, pp. 874-880; y MORVAN, P.: “Protection sociale d’entreprise...”, *op. cit.*, pp. 281-288.

forma sucinta que tal ámbito inexpugnable para los sujetos negociadores es una consecuencia de la revisión del sistema de garantías en la percepción de las prestaciones dispensadas por los regímenes complementarios vía mejoras voluntarias. Revisión que tenía un doble sentido: por un lado, se hacía necesario y urgente abordar el aseguramiento financiero de las mejoras voluntarias pactadas e instrumentadas con fondos internos y de cuyos inconvenientes como fórmula de financiación se ha dado cuenta más arriba, pero, por otro lado, también se imponía una remodelación de las garantías jurídicas inexistentes hasta ese momento, dado que los derechos a las pensiones reconocidos en las mejoras voluntarias pactadas convencionalmente otorgaban a los trabajadores simples expectativas de derecho que se veían frustradas como consecuencia de la ruptura del vínculo contractual con anterioridad a la actualización del hecho causante. Se trataba de dos aspectos íntimamente vinculados puesto que con ambas medidas latía el intento de garantizar el cobro de los compromisos empresariales asumidos.

Con respecto a los derechos consolidados de los partícipes, conviene recordar su caracterización como tales al objeto de comprobar en qué medida resultaría imposible su disponibilidad por la autonomía colectiva negocial. De entrada, hay que reiterar que conforme a los arts. 5.1.d) y 8.4 TRLPFP las aportaciones realizadas a favor de los partícipes son de titularidad individual inmediata, pese a que su disponibilidad se encuentre limitada fuertemente. Ello significa que los partícipes ostentan, como ya se ha reiterado, un verdadero derecho de propiedad sobre la parte o porción del activo del fondo a través del cuál se instrumenta financieramente el plan, cuya determinación toma en cuenta el sistema económico-actuarial que subyace en el régimen de previsión adoptado, el cuál depende, fundamentalmente, de la modalidad del plan de que se trate en función de las obligaciones estipuladas. Teniendo en cuenta ello, parece claro, por tanto, que cualquier intervención de la autonomía colectiva tratando de modificar o suprimir tales derechos resulta imposible, toda vez que los mismos pertenecen a la esfera jurídico-patrimonial del partícipe y, en consecuencia, resultan indisponibles para la negociación colectiva.

Otro tanto hay que decir con respecto a los derechos económicos (ya adquiridos) de los beneficiarios, dado que su condición de titulares de los bienes adscritos al plan se produce cuando se materialice el hecho causante que da lugar a la prestación, situación que tiene lugar como consecuencia de la transformación de los derechos consolidados de los partícipes en derechos causados a las prestaciones. Teniendo en cuenta ello, los sujetos negociadores de un convenio tendrán que respetar los derechos adquiridos de los beneficiarios en su intención de incidir en las condiciones de regulación del plan adoptado convencionalmente.

Ahora bien, siendo tales derechos –consolidados o adquiridos- de los partícipes y los beneficiarios de un plan intangibles para las negociaciones colectivas posteriores, cabría certificar, por otra parte, si la continuidad del plan y en su conjunto del régimen de las obligaciones en curso de cumplimiento pactadas en el ámbito del convenio podrían ser modificadas o incluso suprimidas hacia el futuro. Es decir, una vez ha quedado claro que los sujetos negociadores deben preservar los derechos mencionados en los términos en que se han afianzado, turno es de abordar el margen de disponibilidad que ostentan aquéllos respecto del compromiso adoptado en sede convencional. Y así, cabe decir inicialmente que tal opción resultará factible, si tenemos en cuenta que los derechos de previsión reconocidos en el marco del plan tienen su origen en el marco de la negociación colectiva. Al insertarse el plan en el ámbito propio de aquélla (como fuente de implantación de los compromisos por pensiones) resulta lógico que el convenio pueda incidir en el desenvolvimiento vital del mismo. Ahora bien, siendo esto así, lo discutible es el grado de disponibilidad de los efectos hacia el futuro del régimen previsor, puesto que se pone de manifiesto, una vez más, el problema de la intercambiabilidad entre el instrumento de implantación, el convenio, y el mecanismo de regulación, el plan. Más en concreto, el grado de incidencia que puede tener la autonomía colectiva sobre el plan de pensiones formalizado se topa con el marco legal vigente, el cuál viene a consagrar un ámbito jurídico propio para el segundo respecto de su fuente de origen. En resumen, cabría decir que la negociación colectiva no goza de una disponibilidad total de los efectos *pro futuro* del compromiso²⁰⁴⁷.

Desarrollando esta última idea cabría decir que la negociación colectiva podría encontrar límites explícitos en la tarea de modificar o suprimir los compromisos por pensiones por ella reconocidos si éstos se encuentran instrumentados y gestionados a través del régimen integrado de planes y fondos de pensiones²⁰⁴⁸. En primer lugar, porque una vez pactados e incorporados al plan se opera una cierta autonomización de los mismos en virtud de su propia regulación legal respecto de la negociación colectiva de origen²⁰⁴⁹. El sistema jurídico de los planes exige del contrato colectivo de previsión –el instrumento de regulación o las especificaciones del plan- que determine el procedimiento para su modificación y el sistema de adopción de acuerdos al respecto, además de que se expliciten las causas de terminación del plan y sus normas de liquidación (art. 6.1. TRLPFP). De ello se desprende la importancia que el legislador otorga al contrato-plan en la tarea de regular los aspectos básicos del plan, más allá de lo acordado en

²⁰⁴⁷ En contra, SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 196.

²⁰⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El tratamiento de la relación postcontractual...”, *op. cit.*, p. 223. En idéntico sentido, AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social...*, *op. cit.*, p. 181.

²⁰⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley...”, *op. cit.*, p. 62.

sede convencional. Se otorga en este punto un papel esencial al mecanismo de ordenación de las condiciones de disfrute y participación en el plan, que son sus especificaciones contractuales. Se señala un campo propio, independiente de la fuente de creación del plan, en el que, incluso, se hacen patentes mecanismos de representación y de discusión propios a través de las comisiones de control. Ello no puede resultar indiferente a la hora de dar respuesta a la viabilidad de una eventual modificación o supresión de los efectos pro futuro del compromiso adoptado en sede convencional. No se podrían desconocer en este punto las previsiones establecidas en el contrato-plan de previsión, puesto que tal reflejo es un requerimiento del sistema legal. Corresponde a las especificaciones del plan precisar con carácter necesario dichas modificaciones y su posible terminación. Cuestión distinta serán las diversas opciones de política-jurídica, de las cuáles ya se habló en otro lugar de forma más detenida, en orden a la determinación del papel a desempeñar por la autonomía colectiva en la efectiva ordenación del plan, pero, en cualquier caso, una opción más o menos reglamentista en sede convencional, no va a impedir la autonomización relativa del sistema-plan.

En segundo lugar, dicha autonomización relativa del instrumento de regulación de los derechos de previsión, esto es, del plan, resulta ser necesaria, y así lo pretende el sistema normativo de los planes, si tenemos en cuenta las limitaciones que la negociación colectiva presenta en este punto²⁰⁵⁰. Ya se comentó más arriba que la temporalidad que caracteriza al convenio hace de éste un instrumento escasamente adecuado para la ordenación de los derechos que tienen una amplia proyección en el tiempo tanto en su formación como en su disfrute²⁰⁵¹. Por ello, dicha autonomía del plan viene demandada por la propia lógica de este instrumento de previsión privado como forma de superar la naturaleza variable del acuerdo negocial de origen. Sin lugar a dudas, son los propios sujetos negociadores del convenio los que, conscientes de la alterabilidad de la norma colectiva y los inconvenientes que tal característica puede tener con respecto a los compromisos de tracto sucesivo (referidos a pensiones), opten porque el plan cuente con tal grado de autonomía relativa en lo institucional en detrimento de los mecanismos propios de la negociación colectiva.

1.2. El supuesto de los planes de pensiones formalizados a través de la iniciativa unilateral del empleador

Ya se puso de manifiesto más arriba que cuando el plan de pensiones del sistema de empleo provenga de la voluntad unilateral del empleador nos

²⁰⁵⁰ *Ibidem*, p. 62.

²⁰⁵¹ DESDENTADO BONETE, A.: “Notas sobre la concurrencia y sucesión de convenios colectivos en la doctrina jurisprudencial reciente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo)*, núm. 3, 1997, p. 216.

encontrábamos ante una condición más beneficiosa, lo que comportaba que la misma debía reputarse como derecho adquirido de los trabajadores partícipes del plan y, como tal, no podía ser reducida ni suprimida unilateralmente por el empresario. Pues bien, en el caso de que se pretenda efectuar una modificación en las condiciones de regulación del plan o directamente suprimirlo se imponen, aquí también, las garantías y límites legales previstos en el sistema jurídico de los planes para el caso de que éstos tengan un origen negocial: de un lado, deberán respetarse los derechos adquiridos de los beneficiarios y los derechos consolidados de los partícipes y, de otro, habrá que tener en cuenta los límites explícitos que las propias especificaciones contractuales del plan puedan imponer a la actuación modificativa o extintiva en la materia. En cualquier caso, y teniendo en cuenta estos dos condicionamientos, nada impediría que la continuidad del plan y el régimen de las obligaciones en curso de cumplimiento pudieran ser alteradas o suprimidas hacia el futuro por las siguientes vías: en primer lugar, por medio de un acuerdo entre empresario y trabajador; en segundo lugar, a través de la compensación o absorción; y, por último, por la aplicación de los mecanismos ya comentados de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 ET o de la cláusula *rebus sic stantibus*.

2. Las mutaciones de la empresa y su incidencia en el plan de pensiones

Se ha reiterado suficientemente que una de las características de los planes de pensiones es el reconocimiento de unos derechos de previsión cuya formación y disfrute se prolongan en el tiempo. Por ello, parece oportuno plantearse si este principio de continuidad en la acumulación de los recursos patrimoniales necesarios para atender los compromisos por pensiones contraídos puede verse erosionado por las transformaciones empresariales que sufra el promotor del plan, o, por el contrario, el sistema legal (ya laboral o específico de los planes) cuenta con suficientes mecanismos para asegurar la pervivencia del régimen previsor. Como cabe imaginar, las alteraciones que se puedan producir en la figura del empresario, a la postre promotor del plan, no van a resultar indiferentes en lo que al régimen de responsabilidades derivado de la constitución de un plan se refiere. Cuestiones tales como la posible subcontratación de obras o servicios, la cesión de trabajadores, la concentración empresarial, las fusiones o escisiones de empresas y las situaciones de crisis pueden tener una incidencia notable en el contrato-plan, pudiendo significar la frustración de la prolongación en el tiempo del sistema de previsión. Con esta finalidad, se procederá a analizar en los siguientes apartados el grado de afectación que dichos fenómenos presentan con respecto al régimen jurídico de los planes de pensiones profesionales.

2.1. Contratas y subcontratas de obras o servicios

La subcontratación empresarial es, como se sabe, el supuesto más característico de la descentralización productiva, llegando a convertirse en un fenómeno estructural de la actividad económica²⁰⁵². Supone, resumidamente, la externalización de una actividad que antaño una empresa –principal- hacía con su propio personal, y ahora se asume y se ejecuta por una nueva empresa –auxiliar-, concertándose entre ambas el correspondiente contrato de empresa o de arrendamiento de obra o de servicios²⁰⁵³. A esta actividad descentralizadora ha prestado atención nuestro sistema jurídico-laboral a través del artículo 42 ET y desde una doble óptica garantista: de un lado, proteger los intereses de los trabajadores ante situaciones de posible confusión u ocultación de la identidad del empleador y, por otro, introducir transparencia en el mercado, erradicando el fraude y las prácticas de competencia desleal entre empresas²⁰⁵⁴. En suma, se trata de la imposición de una serie de cautelas legales, no sólo contenidas, por otra parte, en el mencionado precepto, sino también, y en lo aquí interesa, en los artículos 104 y 127 TRLGSS, que consisten, fundamentalmente, en el establecimiento de un régimen de corresponsabilidad entre los empresarios implicados en el proceso de externalización productiva respecto de ciertas obligaciones laborales y de Seguridad Social. Por tanto, lo que se produce en estos casos de contratas y subcontratas es una ampliación de responsabilidades empresariales, pues las mismas no sólo se asumen por el empresario propio o directo de los trabajadores que llevan a cabo la tarea correspondiente a la contrata, sino que se extienden también al empresario principal o comitente²⁰⁵⁵.

Pues bien, teniendo en cuenta este reforzamiento o mayor garantía en lo que se refiere al cumplimiento de determinadas obligaciones en estos supuestos, cabe plantearse la incidencia de las mismas en el ámbito regulador de los sistemas de previsión empresariales instrumentados a través de los planes de pensiones del sistema de empleo. En concreto, la problemática se suscita ante la posibilidad de que la empresa principal tenga que responder o no jurídicamente ante los incumplimientos del

²⁰⁵² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: *El contenido de la negociación colectiva...*, op. cit., p. 45. Un análisis de las implicaciones jurídicas de la descentralización productiva en RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en VV. AA. (Rivero Lamas, J. dir. y Val Tena, A. L. de coord.): *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El “Outsourcing”*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 23-62.

²⁰⁵³ Hay que decir que también caben otras fórmulas contractuales atípicas, como el contrato de *engineering*, o los contratos de transporte y los relacionados con el contrato de suministro. Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, p. 122 y RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización...”, op. cit., p. 36.

²⁰⁵⁴ VV. AA.: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo...*, op. cit., pp. 1201-1202.

²⁰⁵⁵ GIL SUÁREZ, L.: “La descentralización productiva y la Seguridad Social”, en VV. AA.: *Descentralización productiva*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 139.

empresario contratista relacionados con el plan de pensiones. Los supuestos de inobservancia podrían ser diversos, aunque los más comunes se reducirían a la no implantación del plan comprometido en el ámbito de la empresa auxiliar, la no inclusión como partícipes del plan de todos o de determinados trabajadores o el impago de la aportación económica correspondiente²⁰⁵⁶. Por tanto, de producirse estas situaciones, cabría plantearse entonces si dichos incumplimientos alcanzarían al empresario principal o comitente por aplicación de lo previsto en los arts. 42 ET y 104 y 127 TRLGSS.

En lo que se refiere al precepto estatutario, éste determina dos tipos de responsabilidades del empresario que contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad: la primera, consistente en la comprobación de que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, para lo cuál recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social; la segunda, relativa a la asunción de forma solidaria de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. La primera de las responsabilidades citadas no guarda relación alguna con los eventuales incumplimientos que en materia de previsión social voluntaria se pudieran deducir. Cuestión distinta es la extensión al empresario principal de la responsabilidad solidaria que de las obligaciones de naturaleza salarial o referidas a la Seguridad Social establece en segundo lugar el art. 42.2 ET. Es ahí donde se suscitan importantes dudas respecto de una eventual corresponsabilidad de los empresarios intervinientes en dicho proceso de descentralización productiva con respecto a los compromisos por pensiones pactados.

Las dificultades a la hora de apreciar la relación entre el régimen de corresponsabilidad impuesto por el art. 42.2 ET y las obligaciones de previsión que el empresario auxiliar hubiera asumido con sus trabajadores tienen que ver con las expresiones “obligaciones de naturaleza salarial” u “obligaciones referidas a la Seguridad Social” a las que alude el mencionado precepto en orden a delimitar el ámbito material de las responsabilidades en juego. Al tratarse de conceptos en exceso porosos, al

²⁰⁵⁶ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: “Los planes y fondos de pensiones ante las nuevas formas de organización de la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 245-246, p. 51. Para estos autores, los citados incumplimientos pueden generar “diversas consecuencias según las circunstancias que afecten al partícipe-trabajador del Plan: a) la reclamación de la incorporación al Plan como partícipe de pleno derecho; b) el pago de las aportaciones no realizadas y c) el abono directo por parte del empresario de la prestación que le hubiese correspondido percibir al beneficiario del Plan de Pensiones si dicho empresario hubiera cumplido con las estipulaciones previstas en el Plan” (*Ibidem*, p. 51).

menos el segundo²⁰⁵⁷, y susceptibles de diversas interpretaciones, tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado respuestas encontradas a la cuestión de si en aquéllos resulta posible la inclusión de los compromisos que en materia de protección social complementaria hubiera asumido la empresa auxiliar²⁰⁵⁸. Más específicamente, en lo que respecta a las mejoras voluntarias, las soluciones doctrinales han oscilado entre aquéllas que consideran que el empresario principal responde del pago de tales mejoras en tanto que son encuadrables en las obligaciones referidas o relacionadas a la Seguridad Social²⁰⁵⁹, hasta aquellas otras que postulan que tal responsabilidad no existe, al no incluirse en el ámbito de aplicación del art. 42.2 ET²⁰⁶⁰. Esta ambivalencia en la exégesis de la responsabilidad

²⁰⁵⁷ Considera MARTÍN VALVERDE que “comparadas con las que suscita la responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social, las cuestiones planteadas por responsabilidad solidaria “de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores” son de solución mucho más fácil” [“Comentario al artículo 42 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto...*, op. cit., p. 528].

²⁰⁵⁸ Se comparte la opinión de LOPERA CASTILLEJO, quién considera que el legislador debió afrontar la reforma del art. 42.2 ET con ocasión de la aprobación de la Ley 12/2001 al objeto de dar una solución a dicha problemática. Sostiene esta autora que “fácilmente hubiera podido subsanarse al modo de lo efectuado en el artículo 44 ET, donde, a propósito del tema de la subrogación empresarial, se establece expresamente que el nuevo empresario quedará subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos por pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, aclarándose también que, en general, quedará también el nuevo empresario subrogado en cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente” (“Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas”, en VV. AA. (Rivero Lamas, J. dir. y Val Tena, A. L. de coord.): *Descentralización productiva...*, op. cit., p. 158). En términos similares, SALA FRANCO considera necesaria una concreción del alcance objetivo de la responsabilidad contractual solidaria “extendiendo, en base a la *ratio legis* general protectora de los trabajadores, la misma a los salarios de tramitación y a la seguridad social complementaria” (“Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2005).

²⁰⁵⁹ Así lo creen, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad...”, op. cit., p. 142; GARCÍA de PAREDES, M.^a L.: “Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios”, *Actualidad Laboral*, núm. 40, p. 622; YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias...*, op. cit., p. 339; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Responsabilidad empresarial en contrata y subcontratas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 897; MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: “La descentralización productiva en el Ordenamiento de la Seguridad Social: contrata y subcontratas”, en VV. AA.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 609; GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, op. cit., pp. 263-264; MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 238; LUQUE PARRA, M.: “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras o servicios”, en VV. AA. (Rey Guanter, S. del dir. y Luque Parra, M. coord.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 279-287. Por otra parte, MONEREO PÉREZ postula una diferenciación entre las mejoras complementarias y las autónomas a efectos de su inclusión en el campo de aplicación ex art. 42.2 ET, descartando, con matices, de la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de previsión a estas últimas (*La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid, *Ibidem*, 1994, pp. 147-153). En parecidos términos, OLMO GASCÓN, A. M.: *Los derechos laborales del trabajo en contrata*, Granada, Comares, 2002, p. 101.

²⁰⁶⁰ Postura defendida, entre otros, por ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 121; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ de la ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 512; MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación*, Madrid, CONFEMETAL, 1998, p. 76 y LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, Madrid, La ley, 1999, p. 253.

solidaria en esta materia se muestra igualmente en el tratamiento que nuestros tribunales han hecho de este asunto, de modo que unos han apreciado dicha responsabilidad de la empresa principal²⁰⁶¹, mientras que otros la han negado²⁰⁶².

Pero, en lo aquí interesa, conviene dar respuesta a la posible inclusión de las obligaciones derivadas de un plan de pensiones formalizado en el ámbito de la empresa auxiliar entre aquéllas de naturaleza salarial o referidas a la Seguridad social a las que alude el art. 42.2 ET. De entrada, cabe decir que dicha problemática remite a otra cuestión a la que ya se dio respuesta en otro lugar, como es, la determinación de la naturaleza salarial o no salarial de las atribuciones patrimoniales hechas a cargo del empleador. Nuestra postura, consistente en negar tal consideración salarial de las aportaciones empresariales a favor de los partícipes de un plan²⁰⁶³, permite centrar el debate en el análisis de una posible inclusión de las pensiones complementarias de los planes de pensiones del sistema de empleo como obligaciones referidas a la Seguridad Social.

Pues bien, a nuestro juicio, no existen suficientes impedimentos para sostener la incardinación de la protección social complementaria de los planes de pensiones del sistema de empleo como posibles obligaciones referidas a la Seguridad Social. En primer lugar, por cuanto el art. 42.2 ET no parece exigir de forma indubitada que tales obligaciones sean de estricta naturaleza de Seguridad Social, sino más bien que se trate de obligaciones referenciadas respecto de éstas²⁰⁶⁴. Así, retomando los argumentos que la doctrina ha manejado para la inclusión de las mejoras voluntarias en dichas obligaciones, habría que considerar que estaríamos ante una fórmula omnicomprendensiva de todos aquellos deberes que incumbe a la empresa atender en relación o con referencia al sistema público de protección, incluyendo no sólo los expresamente referidos a la Seguridad Social (pago de cotizaciones, de prestaciones, etc.) sino también aquéllos que tienen una

²⁰⁶¹ Como ejemplos, se pueden citar las SSTS 11 febrero 1986 (*RJ* 1986, 740) y 2 febrero 1987 (*RJ* 1987, 753); y las SSTSJ Cataluña 30 marzo 1998 (*AS* 1998, 2045); Comunidad Valenciana 17 noviembre 1998 (*AS* 1998, 4871); Castilla y León/Burgos 12 julio 1999 (*AS* 1999, 2733); y Murcia 10 abril 2000 (*AS* 2000, 1613).

²⁰⁶² Así, entre otras, SSTS 19 mayo 1998 (*RJ* 1998, 4730); 16 septiembre 1999 (*RJ* 1999, 7226); 14 febrero 2000 (*RJ* 2000, 2036) y 22 diciembre 2000 (*RJ* 2001, 1873); por otro lado, las STSJ Andalucía/Sevilla 3 enero 1998 (*AS* 1998, 4871); Galicia 1 junio 1999 (*AS* 1999, 1299); Navarra 15 diciembre 1999 (*AS* 1999, 1613), 14 abril 2000 (*AS* 2000, 1015) y 12 abril 2000 (*AS* 2000, 1859); Comunidad Valenciana 7 septiembre 2000 (*AS* 2000, 591); Andalucía/Sevilla 31 enero 2001 (*AS* 2001, 3989); Cataluña 24 octubre 2001 (*AS* 2001, 837); Galicia 30 noviembre 2001 (*AS* 2001, 4162); Castilla-La Mancha 2 mayo 2002 (*AS* 2002, 2801); y Cataluña 14 abril 2003 (*AS* 2003, 2093).

²⁰⁶³ Respecto del posible encaje de las aportaciones empresariales a un plan de pensiones y, en consecuencia, de sus prestaciones en las “obligaciones de naturaleza salarial” del artículo 42.2 ET, *vid.* MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “Los planes y fondos de pensiones ante las nuevas...”, *op. cit.*, pp. 51-55 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, pp. 502-503.

²⁰⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos...*, *op. cit.*, p. 160. Para este autor, tal interpretación podría defenderse sin necesidad “de forzar la hermenéutica del precepto *ex* artículo 42.2 LET, postulando una aplicación analógica del mismo...”.

relación directa con éstos últimos²⁰⁶⁵. A tal efecto, se ha puesto de manifiesto la distinta redacción dada al art. 42.2 ET con ocasión de su reforma, dado que con anterioridad sí se podía defender una postura restrictiva en este asunto, al referirse la normativa precedente a obligaciones contraídas por los subcontratistas “con la Seguridad Social”, mientras que ahora no se subjetiviza al responsable del pago, sino que se utiliza un elemento material: “referidas a la Seguridad Social”²⁰⁶⁶.

En segundo lugar, cabe matizar que el precepto estatutario recoge una formulación lo suficientemente amplia como para dar cabida a los compromisos por pensiones asumidos por la empresa auxiliar, pero no respecto de todos ellos. El carácter abierto de la expresión “obligaciones referidas a la Seguridad Social” no parece que pudiera dar acogida igualmente a aquellos planes que generan obligaciones de prestación imputables al empresario, pero enteramente desconectadas de las previstas en el sistema público, dado que en tal caso no concurre la condición legal prevista en el art. 42.2 ET de proveer prestaciones referidas con las preceptivas de los regímenes legales de Seguridad Social²⁰⁶⁷. Por tanto, respecto de las pensiones complementarias previstas en los planes de pensiones, esto es, aquellas que están referenciadas funcionalmente con las preceptivas del sistema público, se podría sostener su incardinación en el ámbito de responsabilidad solidaria del empresario principal prevista en el art. 42.2 ET²⁰⁶⁸. Bien entendido, que tal responsabilidad recaería respecto del conjunto de las obligaciones que se desprenden de la formalización del plan por parte del empresario auxiliar, entre ellas, las que correspondan por la falta de ingreso en la cuenta de posición del plan de las contribuciones comprometidas.

Por otra parte, consideramos que tal postura no debe quedar enervada en atención al posible origen negocial de los citados compromisos, tal y como ha sostenido una parte de la doctrina. Para ésta, el rasgo estructural de la voluntariedad que anida en los planes de pensiones parece compaginarse mal con el sistema de corresponsabilidad que establece el art. 42.2 ET, ya que lo más apropiado con este sistema y con la naturaleza de aquéllos sería considerar que el único responsable de las obligaciones de previsión es el empresario que asume dichos compromisos, debiéndose excluir cualquier imposición ex lege de responsabilidad por tales obligaciones a empresarios –como el que contrata o subcontrata su propia actividad- que no han prestado su consentimiento en la creación de las

²⁰⁶⁵ GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, op. cit., pp. 263-264. En idéntico sentido, FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L. de la: *Mejoras voluntarias de protección...*, op. cit., p. 106.

²⁰⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad...”, op. cit., p. 143.

²⁰⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos...*, op. cit., p. 161.

²⁰⁶⁸ LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C.: “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en VV. AA.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 231.

mismas ni su voluntad de acogerse a ellas²⁰⁶⁹. A nuestro juicio, tal posición encuentra su razón de ser en una más que dudosa interpretación de la expresión “obligaciones referidas a la Seguridad Social”, considerando que tales deberes únicamente tienen naturaleza legal. Por el contrario, debemos convenir que tal configuración no se deduce *strictu sensu* del tenor literal de aquélla, más bien parece reafirmar nuestra posición respecto a la formulación amplia y abierta de tales obligaciones, si tenemos en cuenta la ausencia de una alusión explícita al origen legal o pactado de éstas. En cualquier caso, aquella posición restrictiva desconoce absolutamente aquellas situaciones en las que los compromisos por pensiones asumidos se imponen colectivamente a las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de un convenio de carácter supraempresarial.

En tercer lugar, esta defensa de la inclusión de las aportaciones empresariales a un plan de pensiones y, por ende, de sus prestaciones en la ampliación de responsabilidades prevenida en el art. 42 ET resulta la más acorde con la doble finalidad pretendida tradicionalmente por el precepto estatutario, a saber, la de legitimar la actividad descentralizadora con base en la libertad de empresa (art. 38 CE), aunque estableciendo las cautelas jurídicas necesarias para garantizar los derechos de los trabajadores que pertenecen a las plantillas de las empresas contratistas o subcontratistas. Por tanto, se trata de garantizar la libertad empresarial, sin impedir los procesos de descentralización productiva, pero exigiendo a su vez a los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena que respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador²⁰⁷⁰. Por ello, si tenemos en cuenta este doble objetivo, no parece muy acertado que se pueda justificar la exclusión de determinados incumplimientos del alcance objetivo de tal responsabilidad, como podría ser el caso de los que se derivan de un plan de pensiones²⁰⁷¹. En definitiva, si lo que se busca impedir con el precepto estatutario es que la tendencia, cada vez más frecuente, a descentralizar el proceso productivo mediante la utilización de contratistas redunde en menoscabo de la efectividad de los derechos laborales y sociales que corresponden a los trabajadores que, si bien dependen de modo directo del contratista, llevan a cabo su labor en provecho último del empresario principal, no resulta adecuado dejar fuera de tal protección a los sistemas previsores instrumentados a través de planes que aquellos disfrutan.

Desde luego, esta posición no se corresponde con la mantenida por el Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos, que aunque han

²⁰⁶⁹ Razonamiento manejado en el ámbito de las mejoras voluntarias por LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratistas...*, *op. cit.*, p. 252.

²⁰⁷⁰ Criterio defendido por la STS 17 mayo 1996 (RJ 1996, 4472).

²⁰⁷¹ LUQUE PARRA, M.: “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 285.

versado sobre la posible inclusión de las mejoras voluntarias en el ámbito de aplicación del art. 42.2 ET, también resultan válidas para los planes de pensiones. En éstos se viene a postular una interpretación distinta de la función que corresponde al régimen de responsabilidad solidaria previsto en el precepto estatutario. De modo que se considera que la exclusión de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no se basa en la imposibilidad de asimilar la naturaleza jurídica de las mismas con las prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social obligatorio, cuestión que no se podría defender con respecto a los planes de pensiones, sino en el hecho de que el precepto (art. 42.2 ET) en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con el trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social²⁰⁷². Por tanto, más que proteger la posición del trabajador afectado por un proceso de descentralización productiva, lo que se pretende en esta materia es garantizar la posición de la propia Seguridad social frente a empresas contratistas y subcontratistas incumplidoras²⁰⁷³. Desde luego, con tal posición se atiende una de las finalidades que cabe atribuir al estatuto protector previsto en el art. 42.2 ET, como es la de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que las empresas tienen frente a la Seguridad Social, lo que redundará a su vez en beneficio del trabajador de aquéllas²⁰⁷⁴, pero entendemos que esta no es la única, puesto que con las garantías jurídicas prevenidas en el precepto estatutario no se trata solamente de proteger la posición de un tercero ajeno a las partes principalmente afectadas en un proceso de descentralización productiva²⁰⁷⁵.

En cuarto lugar, tampoco resulta un obstáculo insalvable a los efectos de la inclusión de los planes de pensiones en el estatuto protector prevenido en el art. 42.2 ET el régimen de exoneración de la responsabilidad solidaria establecido en el primer apartado del mencionado precepto. Para una parte de la doctrina, esta exclusión de las posibles obligaciones frente al trabajador se apoya en la conexión que debe establecerse entre el apartado

²⁰⁷² En concreto, las SSTs 19 mayo 1998 (RJ 1998, 4730) y 16 septiembre 1999 (RJ 1999, 7226) declaran que “el precepto está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, -y ello se aquí a efectos dialécticos-, prestaciones nacidas precisamente en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social...”. Un análisis del último de estos dos pronunciamientos en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de contrata y subcontrata (Comentario a la STS 4.ª 16 de septiembre de 1999)”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2000, pp. 831-834.

²⁰⁷³ LUQUE PARRA, M.: “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social...”, *op. cit.*, pp. 283-284.

²⁰⁷⁴ GIL SUÁREZ, L.: “La descentralización productiva...”, *op. cit.*, p. 139.

²⁰⁷⁵ LUQUE PARRA, M.: “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 285. Para CRUZ VILLALÓN la posición del Tribunal Supremo en esta cuestión convierte al régimen jurídico (arts. 42 ET y 127 TRLGSS) “de tutela del trabajador en una mera protección de los fondos de las instituciones públicas de la Seguridad Social” (“Outsourcing y relaciones laborales”, en VV. AA.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 320).

1º y 2º del art. 42 ET, de modo que la Tesorería podrá certificar que el empresario contratista ha satisfecho las cuotas de la Seguridad Social, pero en absoluto podrá pronunciarse sobre si se ha concertado o no un seguro complementario o, en nuestro caso, un plan de pensiones, pactado en convenio colectivo²⁰⁷⁶. Es decir, se niega la responsabilidad solidaria del empresario en este asunto por la imposibilidad de aplicar la exoneración prevista en el art. 41.1 ET a la protección social complementaria. Pese a ello, consideramos que tal circunstancia no representa un problema irresoluble, ya que existen suficientes mecanismos en la actualidad que permiten igualmente controlar el cumplimiento por las empresas de sus obligaciones en materia de protección social complementaria, entre ellos, la posibilidad de que la empresa principal exija de la empresa contratista o subcontratista la debida justificación por parte de la entidad de seguros o financiera correspondiente del cumplimiento de sus deberes en la materia²⁰⁷⁷.

Finalmente, se hacía referencia igualmente a la posible incardinación de las obligaciones empresariales en materia de protección social complementaria en el ámbito de aplicación del art. 127.1 TRLGSS. Éste prevé, para el caso del trabajo en contratas o subcontratas, que cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente. En idéntico sentido, el art. 104.1 TRLGSS hace responsable al empresario principal del pago de las cotizaciones que la empresa contratista adeude a la Seguridad Social. En ambos casos, estamos ante una responsabilidad subsidiaria ante la falta de cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización de Seguridad Social, con base en lo preceptuado en el art. 126 TRLGSS. Por tanto, la existencia de una responsabilidad en tal sentido del empresario principal exige la inobservancia de las citadas obligaciones de carácter legal, ya sea en materia de afiliación, alta y bajas y cotización. Ello hace bastante difícil que en el cuadro de las responsabilidades empresariales de carácter subsidiario previsto en el art. 127 TRLGSS se

²⁰⁷⁶ Para MARTÍNEZ GARRIDO “la aplicación de los mandatos del art. 42.2 ET en sus términos literales, lleva a conclusiones absurdas, si la responsabilidad solidaria del empresario principal pretende extenderse a las mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social. Así, si la Tesorería emitió certificación negativa de descubiertos o no la emitió en el plazo reglamentario, el empresario comitente está exento de responsabilidad. Y ello aunque el contratista no haya concertado la póliza de seguros que le imponía el Convenio colectivo. Mientras que si, además de no tener concertada esta póliza, tampoco había satisfecho las cuotas de Seguridad Social, y así lo certifica la Tesorería, el empresario comitente ha de responder solidariamente de aquella omisión” (*Tratamiento laboral de la Contratación...*, *op. cit.*, 76).

²⁰⁷⁷ Postura defendida por LUQUE PARRA, M.: “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social...”, *op. cit.*, pp. 286-287.

puedan incluir las relativas a la protección social complementaria²⁰⁷⁸. En suma, la responsabilidad subsidiaria mencionada tan sólo tendría lugar ante el incumplimiento de obligaciones de naturaleza de Seguridad Social estricta, quedando al margen las medidas de protección social complementaria, entre ellas los planes de pensiones²⁰⁷⁹. En todo caso, para que aquélla pudiera ser aplicación a esta materia se exigiría una modificación del art. 127 TRLGSS, y de este modo unificar su alcance objetivo con respecto al art. 42.2 ET²⁰⁸⁰.

2.2. Cesión de trabajadores

Otro de los fenómenos empresariales que pueden tener incidencia en los derechos de previsión reconocidos en un plan de pensiones puede ser el relacionado con una de las formas típicas de interposición en la figura del empleador, como es la cesión de trabajadores. Tal práctica de prestamismo laboral queda prohibida, como es sabido, por el art. 43 ET, permitiendo únicamente que la misma se efectúe “a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”. Pues bien, teniendo en cuenta estas dos realidades, unos supuestos ilícitos de cesión de mano de obra y otros lícitos, es nuestra intención abordar de forma separada los efectos que ambas situaciones pueden tener con respecto a los compromisos por pensiones que los sujetos intervinientes en dichas prácticas hayan podido acordar.

Con respecto a la cesión ilegal de trabajadores, esto es, la que se lleva a cabo sin la mediación de las empresas autorizadas para ello, el art. 43.2 ET impone una serie de responsabilidades a los sujetos implicados, así como la imposición de sanciones. En lo aquí interesa, tal actuación fraudulenta conlleva que tanto cedente como cesionario tengan que asumir la responsabilidad solidaria de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. Aparte de que los trabajadores sometidos a la cesión ilegal ostentarán el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, teniendo en cuenta, además, que los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien computándose la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal.

Pues bien, de acuerdo con las prevenciones contenidas en el art. 43.2 y 3 ET, debe plantearse si las obligaciones derivadas de un plan de pensiones

²⁰⁷⁸ Así lo creen MONEREO PÉREZ, J. L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos...*, *op. cit.*, p. 115; CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 143 y GIL SUÁREZ, L.: “La descentralización productiva...”, *op. cit.*, p. 154.

²⁰⁷⁹ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.ª: “Los planes y fondos de pensiones ante las nuevas...”, *op. cit.*, p. 59.

²⁰⁸⁰ LUQUE PARRA, M.: “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social...”, *op. cit.*, p. 287.

creado en el ámbito de las empresas que participan en dicho fenómeno quedarían afectadas por el régimen de la responsabilidad solidaria impuesta por el precepto estatutario mencionado. Y así, si bien en el supuesto del trabajo en contratas o subcontratas tal cuestión no resultaba en modo alguno pacífica, no se puede decir lo mismo con respecto al ámbito objetivo de la responsabilidad descrita por el art. 43.2 ET. En este caso, dicha responsabilidad alcanza a la totalidad de las obligaciones de contenido laboral, de lo que cabe deducir que también las referidas a compromisos por pensiones deben incluirse en aquéllas²⁰⁸¹.

En segundo lugar, cabe analizar la incidencia que una cesión legal de trabajadores, esto es, cuando se lleva a cabo a través de una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada, puede tener con respecto a los compromisos por pensiones pactados e instrumentados a través de un plan. En este caso, el ordenamiento legal también se preocupa de establecer un régimen empresarial de responsabilidad conjunta con una doble función: preventiva-disuasoria en evitación del fácil recurso al fraude en estos supuestos de externalización de la gestión de la mano de obra, y también de garantía del cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social derivadas de este tipo de intermediación laboral²⁰⁸². Por tanto, cabe preguntarse si las obligaciones que se puedan derivar de un plan creado en beneficio de los trabajadores cedidos se encuadrarían en el ámbito material de la responsabilidad prevista legalmente para estos casos.

Y así, se impone, en primer término, una responsabilidad subsidiaria para la empresa usuaria en el supuesto de que la empresa de trabajo temporal (en adelante, ETT) no pueda cumplir con sus obligaciones salariales y de Seguridad Social [art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal (LETT)²⁰⁸³]. Como se ve, el legislador laboral ha optado por un tipo de responsabilidad distinta a la tradicional en este tipo de situaciones, es decir, en vez de una responsabilidad solidaria ha establecido una subsidiaria, lo que parece justificarse en atención a la estructura organizativa que el propio legislador exige a las ETTs y a la necesidad de que éstas constituyan una garantía financiera destinada precisamente a responder de estas obligaciones²⁰⁸⁴. Precisamente, el establecimiento de la citada garantía, que servirá para

²⁰⁸¹ Así lo entienden, para el supuesto de las mejoras voluntarias, GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, *op. cit.*, p. 265; FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L. de la: “Mejoras voluntarias de protección...”, *op. cit.*, p. 108 y YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, pp. 348-351. En apoyo de su inclusión se cita la STSJ País Vasco 19 marzo 1997 (AS 1997, 1775) en la que se declara la solidaria responsabilidad de las dos empresas implicadas en la cesión respecto de una mejora instrumentada a través de un contrato de seguro colectivo.

²⁰⁸² MORENO VIDA, M.^a N.: *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal. Estudio del Ordenamiento interno y comunitario*, Granada, Comares, 2005, pp. 86-87.

²⁰⁸³ BOE 2 junio 1994.

²⁰⁸⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: *Las Empresas de Trabajo Temporal en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 135-136.

atender las deudas por indemnizaciones, salarios y de Seguridad Social, hace necesario que se agote ésta para que opere la citada responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria²⁰⁸⁵. Por ello, en estos supuestos el trabajador deberá formular su pretensión directamente a la empresa de trabajo temporal y de incumplir ésta su obligación podrá solicitar la ejecución de la correspondiente garantía financiera, y de ser ésta insuficiente responderá subsidiariamente²⁰⁸⁶. En todo caso, y como excepción a la responsabilidad subsidiaria descrita, la empresa usuaria podría resultar responsable solidaria cuando el contrato de puesta a disposición se haya realizado contraviniendo lo dispuesto en los arts. 6 y 8 LETT. En ambos supuestos, la responsabilidad se circunscribe a la duración del contrato de puesta a disposición.

En cualquier caso, y pese a las cautelas jurídicas indicadas al respecto, cabe matizar que los trabajadores contratados para ser cedidos encontrarían un importante obstáculo en punto a que sus pretensiones en materia de previsión social pudieran ser atendidas, ya que las referencias que la norma legal realiza a las obligaciones salariales y de Seguridad Social parece descartar las relativas a planes de pensiones. En relación al primer elemento delimitador, se rechazaría su inclusión en las partidas salariales. La propia jurisprudencia se ha encargado de excluir en este asunto las de carácter extrasalarial (entre las que hemos incluido las contribuciones del promotor a un plan) o las indemnizatorias²⁰⁸⁷. Con respecto al segundo, se impone una lectura mucho más restrictiva que en los supuestos de contrata y subcontrata, si tenemos en cuenta los términos utilizados en esta ocasión por el legislador. Se habla de obligaciones de estricta naturaleza de Seguridad Social, por lo que en coherencia con lo manifestado anteriormente deberían quedar excluidos los planes de pensiones pactados en el ámbito de la ETT en beneficio de sus trabajadores²⁰⁸⁸.

Finalmente, hay que tener en cuenta que en el caso de una cesión temporal de trabajadores realizada tanto de forma ilegal como legal, el legislador ha previsto igualmente una responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario respecto de las prestaciones causadas con anterioridad a la cesión (art. 127.2 TRLGSS). Pues bien, hay que decir que este mandato legal, al igual que ocurría en el caso del trabajo en contrata y subcontrata, no resulta de aplicación a las prestaciones reconocidas en el ámbito de un plan de pensiones por tratarse de relaciones privadas de previsión.

²⁰⁸⁵ Vid. los arts. 3 LETT y 9 Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, que desarrolla la Ley 14/1994 (BOE 1 febrero 1995).

²⁰⁸⁶ GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, op. cit., p. 267.

²⁰⁸⁷ Este es el criterio aplicado por la jurisprudencia. Como ejemplos, entre otros, las SSTs 14 julio 1998 (RJ 1998, 8544) y 23 enero 2001 (RJ 2001, 2062).

²⁰⁸⁸ Igualmente, con respecto a las mejoras voluntarias, no se han considerado incluidas en el ámbito objetivo de las responsabilidades descritas en la STSJ Castilla-León/Valladolid 21 marzo 2000 (RJ 2000, 1516).

2.3. El cambio de titularidad de la empresa

Otro de los supuestos que puede tener incidencia en los planes de pensiones es el fenómeno de la transmisión de empresas. Como tal, resulta innegable su capacidad de afectación respecto a la continuidad o la subsistencia de los regímenes privados de previsión adoptados en el ámbito de la empresa objeto de la transmisión. Por ello, se hace necesario el estudio de las soluciones jurídicas existentes en orden a resolver el problema de la pervivencia o no de tales regímenes ante un cambio empresarial de esta índole.

De entrada, cabe decir que en nuestro ordenamiento jurídico no existía una normativa específica “ad hoc” encargada de salvaguardar los compromisos por pensiones ante un cambio de titularidad empresarial²⁰⁸⁹. En el caso de los planes, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, habrá que esperar hasta la aprobación de la Ley 30/1995 para encontrar una previsión expresa que contemple los citados compromisos en los supuestos de sucesión de empresas. Ante esta situación, de ausencia de una regla específica para estos casos, quedaba patente la existencia de un riesgo evidente de que los citados compromisos de previsión contraídos normalmente en el marco de la negociación colectiva no tuvieran continuidad de producirse una transmisión empresarial. Sin embargo, tal circunstancia no fue un obstáculo para el mantenimiento de los citados compromisos, dado que la inexistencia de una normativa especial no impedía acudir a otras soluciones previstas en la normativa laboral común o general en materia de transmisión de la empresa. Y así, el principio sucesorio ex lege contenido en el art. 44 ET, conforme a su versión anterior a la reforma operada por la Ley 12/2001, podía resultar de aplicación a los planes de pensiones, y ello pese a que aquél no incluyera una referencia expresa a los regímenes privados de previsión empresarial²⁰⁹⁰. Por tanto, el

²⁰⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fusión de sociedades y previsión voluntaria en la empresa*, Madrid, *Ibidem*, 1996, pp. 12-13.

²⁰⁹⁰ El que el art. 44 ET aludiera en términos amplios “a los derechos y obligaciones laborales” en los que se subroga el cesionario fue suficiente para que se aceptara doctrinalmente que en aquéllos también debían incluirse los sistemas de previsión voluntaria (VALDÉS DAL-RÉ, F: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 110 y SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2001, p. 136). No en vano, como indica MONEREO PÉREZ, “lo que continúa *ope legis* es la relación de trabajo en su complejo, esto es, del estatuto profesional de los trabajadores de la empresa o unidad de producción que ha sido transferida. En realidad, en virtud de la sucesión legal, por obra del art. 44 LET, se constituye un nuevo centro de imputación subjetiva del complejo de fuentes reguladoras de la relación laboral en curso, imputándose al nuevo empresario los derechos y obligaciones concernientes a la relación de trabajo” (*Fusión de sociedades y previsión...*, *op. cit.*, p. 30; más ampliamente, del mismo autor, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 312 y ss). Se consideraba, igualmente, que la subrogación en los derechos y obligaciones en materia de protección social complementaria podía derivarse de la subsistencia de forma temporal del convenio colectivo que les dio origen (CAMPS RUIZ, L.: *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 93).

efecto subrogatorio previsto en el precepto estatutario determinaba la continuidad *ope legis* de los sistemas de protección social complementaria adoptados, como en el supuesto de los planes de pensiones.

En cualquier caso, y pese a la posibilidad brindada por el art. 44 ET a favor de la continuidad de los planes en los supuestos de transmisión, lo cierto es que lo más aconsejable en estos supuestos era la adopción de una disposición específica en la materia, con capacidad para resolver adecuadamente los problemas que la sucesión pudiera ocasionar. Téngase en cuenta que en los procesos de transmisión la continuidad de los regímenes de previsión, con la consiguiente diversificación de estatutos colectivos protectores, puede afectar a la consecución de un nivel óptimo de racionalización de los costes globales del factor trabajo y de la misma política de personal en la entidad resultante de la fusión²⁰⁹¹. En atención a ello, parecía sumamente interesante la existencia de reglas específicas y eficaces que sirvieran para dar solución a los problemas que las operaciones de cambio de titularidad pudieran generar en los sistemas de previsión voluntaria. Además, la inexistencia en el precepto estatutario de una referencia explícita a los compromisos por pensiones generaba una situación de inseguridad jurídica a estos efectos²⁰⁹². Parecía conveniente, por tanto, que el legislador se pronunciara expresamente al respecto, estableciendo la protección o las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores en relación a la continuidad de los sistemas previsores ante un fenómeno de transmisión empresarial²⁰⁹³.

Precisamente, teniendo en cuenta esas dos circunstancias, esto es, la carencia tanto de una normativa específica en la materia como de una referencia expresa en el ordenamiento laboral general a los compromisos por pensiones, se optó finalmente por corregir el régimen jurídico regulador de los efectos de la transmisión de empresa en los planes privados de previsión, atendiendo, en este sentido, las dos reivindicaciones apuntadas: de un lado, la de incorporar en la normativa de los planes una disposición propia y específica; de otro, incluir de forma explícita a los derechos y obligaciones de protección social complementaria en el efecto subrogatorio contenido en el art. 44 ET. Ambas previsiones, por tanto, van a clarificar este tema, el de la protección social complementaria en el marco de la

²⁰⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fusión de sociedades y previsión...*, *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁹² Para VALDÉS DAL-RÉ dicha inseguridad era manifiesta tras la nueva redacción del art. 3.4.a de la Directiva 77/187/CEE, la cuál aconsejaba “abortar, en aras de la seguridad jurídica, posibles y futuros debates sobre la aplicación o inaplicación de la técnica subrogatoria a los regímenes complementarios de Seguridad Social” (*La transmisión de empresa y las relaciones...*, *op. cit.*, p. 118).

²⁰⁹³ GIL y GIL, J. L.: “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y el artículo 44 ET”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2001, p. 311.

transmisión empresarial, pero además servirán para incorporar la normativa comunitaria²⁰⁹⁴, mejorándola, como se comprobará.

A) La continuidad de los planes de pensiones del sistema de empleo conforme a los artículos 44 ET y 5.4.f) TRLPFP

En la actualidad, la pervivencia de los compromisos por pensiones instrumentados a través de un plan en el caso de que acontezca un cambio de titularidad en la figura del empleador cuenta con suficientes apoyos normativos. De un lado, el art. 44 ET determina la continuidad “ope legis” de aquéllos y, en consecuencia, la sucesión legal del nuevo titular en la totalidad de las obligaciones en materia de previsión colectiva contraídas por el anterior empresario. El precepto estatutario incluye expresamente, entre los derechos y obligaciones que asume el nuevo empresario, a “los compromisos de pensiones (...) y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”. La referencia, por tanto, es rotunda, con el efecto pretendidamente buscado de que el nuevo empleador suceda al anterior en el complejo de las relaciones laborales, incluidas las colaterales de previsión social profesional. Una solución en claro contraste con la anterior de su inmediato precedente normativo en la que la ausencia de una mención expresa a los citados compromisos en el redactado del art. 44 ET podía suscitar las consiguientes dudas interpretativas en relación a los efectos que sobre el plan de pensiones pudiera tener el fenómeno sucesorio²⁰⁹⁵. De otro lado, la propia normativa de los planes de pensiones incorpora una previsión específica en el caso de que se produzca la disolución del promotor por fusión o cesación global del patrimonio. En tal caso, y salvo acuerdo en contrario, el art. 5.4.f) TRLPFP se encarga de precisar que no tendrá lugar la terminación del plan, produciéndose la subrogación de la entidad resultante o cesionaria en la condición de promotor del plan de pensiones. Como se ve, tanto la norma citada como el art. 44 ET, forman grupo normativo respecto a la incidencia de la transmisión de empresa en los planes, posibilitando ambos la continuidad de los sistemas de previsión²⁰⁹⁶.

²⁰⁹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E.: “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2001, p. 55.

²⁰⁹⁵ En concreto, para TAPIA HERMIDA el art. 44, en la redacción dada en el ET de 1980, dejaba fuera de la sucesión empresarial a los compromisos por pensiones [“Las “prejubilaciones” o “jubilaciones anticipadas” en las sucesiones de empresas (Comentario a la STJC de 4 de junio de 2002, asunto C-164/00)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 232, 2002, p. 149].

²⁰⁹⁶ En parecidos términos, el legislador británico se ha decantado por dar un tratamiento específico a los planes ocupacionales en el ámbito de la transmisión de empresas, favoreciendo la extensión de la norma de referencia en la materia, la *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* (TUPE), a aquéllos. *Vid.* sobre esta cuestión POLLARD, D.: “Pensions and Tupe”, *Industrial Law Journal*, núm. 2, 2005, pp. 127-157 y HEPPLER, B. y MUMGAARD, K.: “Pension rights in business transfers”, *Industrial Law Journal*, núm. 4, 1998, pp. 309-324. Por el contrario, en Italia, es precisamente la ausencia

Ahora bien, un análisis detenido de cada uno de ellos muestra notables diferencias que conviene resaltar.

En primer lugar, resulta obligado dejar anotado que respecto al problema de coordinación de ambos preceptos es la propia norma del ET la que da solución a este aspecto, dado que establece una remisión en este punto a lo que disponga en cada momento la legislación específica en materia de compromisos por pensiones. Por tanto, el art. 44 ET se limita a extender el efecto subrogatorio a aquéllos, pero no regula los términos en que debe tener lugar dicha subrogación²⁰⁹⁷, enviándonos a la normativa específica que corresponda, que en el caso de los compromisos instrumentados a través de planes de pensiones queda referida al TRLPFP y su reglamento de desarrollo, así como al RICP. Ahora bien, dicho reenvío debe ser adecuadamente interpretado, dado que tan sólo operaría respecto del problema de la continuidad de las obligaciones inherentes al sistema de previsión (el plan), pero no en relación a lo previsto en el art. 44.3 ET que establece la aplicación “ope legis” de un régimen de responsabilidad solidaria por obligaciones de provisión insatisfechas antes de que tuviera lugar la transmisión de empresa²⁰⁹⁸. Y es que las obligaciones relativas a los planes deben incluirse entre las obligaciones laborales a que se refiere el art. 44.3 ET, nacidas con anterioridad y que no hubieran sido satisfechas, respecto de las cuáles se impone una responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario durante tres años. No estaríamos, como ya se ha reiterado suficientemente, ante obligaciones de Seguridad Social, respecto de las cuáles no opera el régimen de responsabilidad previsto en el art. 44.3 ET, ya que las mismas se van a regir por la legislación específica de Seguridad Social²⁰⁹⁹. Por tanto, este sistema de responsabilidad solidaria resulta de

de una solución normativa expresa sobre el tema lo que ha dado lugar a un intenso debate doctrinal acerca de los efectos que el fenómeno de la transmisión de empresa tiene respecto de la previsión social complementaria. *Vid.*, en este sentido, VIANELLO, R.: *Previdenza complementare...*, *op. cit.*, pp. 620-632; ZAMPINI, G.: *La previdenza complementare...*, *op. cit.*, pp. 139-142; DONDI, G.: “Le vicende modificative...”, *op. cit.*, pp. 303-305. En Francia, la previsión contenida en el artículo L. 913-2 del Code de la Sécurité sociale en la que se establece como causa de nulidad la decisión recogida en convenios, acuerdos o decisiones unilaterales consistentes en poner fin a los derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones complementarias con ocasión de la transmisión de empresa ha sido duramente criticada por considerarla insuficiente para garantizar (positivamente) una real y efectiva protección de los derechos de los trabajadores ante tal eventualidad (MORVAN, P.: “Protection sociale d’entreprise...”, *op. cit.*, p. 281).

²⁰⁹⁷ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “Los planes y fondos de pensiones ante las nuevas...”, *op. cit.*, pp. 40-41.

²⁰⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: “Comentarios a los artículos 5 y 6...”, *op. cit.*, p. 256. En los mismos términos, VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, *op. cit.*, p. 124.

²⁰⁹⁹ Como ya se ha reiterado para otros supuestos, el soporte normativo legal para imponer la solidaridad por compromisos de contribución no satisfechos en materia de planes de pensiones no está constituido por los arts. 127 y 104 TRLGSS. En estos preceptos, y para el caso de la transmisión de empresa, se prevé un supuesto distinto de responsabilidad solidaria entre los empresarios intervinientes, dado que quedan afectadas por ésta las prestaciones públicas causadas antes de la misma y las cotizaciones insatisfechas a la Seguridad Social, pero no, por tanto, la previsión voluntaria de carácter privado. *Cf.* MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fusión de sociedades y previsión...*, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

aplicación directa, necesaria e inmediata como normativa general no afectada en ese punto por la normativa legal específica.

En segundo lugar, la normativa de general aplicación ex art. 44 ET, que establece una regulación de Derecho necesario, esto es, imperativa para las partes implicadas en el proceso de sucesión, contrasta abiertamente con la solución específica adoptada en el art. 5.4.f) TRLFPF, en la que se hace prevalecer la voluntad negocial. En concreto, la continuidad del plan, como consecuencia del efecto subrogatorio previsto, se supedita a la ausencia de un acuerdo específico ad hoc en contrario. Ello supone, en definitiva, que la solución legal tenga carácter supletorio o subsidiario en defecto de pacto²¹⁰⁰. Por tanto, frente a lo previsto en el art. 44 ET, que contempla una solución directa inatacable para los sujetos negociadores y que se impone con carácter automático e “ipso iure”, en el caso del régimen jurídico contenido en el art. 5.4.f) TRLFPF se hace necesario certificar la inexistencia de un acuerdo en contrario para que se de entrada a la solución legal preordenada²¹⁰¹.

Con respecto al acuerdo necesario para que no opere la regla general de la subsistencia del plan a pesar de la extinción del promotor, conviene llamar la atención acerca de la evolución que la normativa ha experimentado en este punto. Y así, en un primer momento, en la versión anterior del art. 5.4.f) TRLFPF, conforme a la redacción dada por la disp. adic. 11ª LOSSP (Ley 30/1995), se otorgaba a las partes implicadas dos opciones posibles de sustraerse a la norma general de la continuación del plan, a saber, “un pacto en contrario” o una estipulación contractual contraria incluida “en las especificaciones”. Por tanto, para evitar el efecto subrogatorio respecto del plan los sujetos correspondientes contaban con dos alternativas: una, “ex ante”, de carácter preventivo mediante la incorporación en las especificaciones del plan de una regla diferente y, otra, “ex post”, de forma sobrevenida al acontecer la operación transmisiva. Por el contrario, en la actualidad, el art. 5.4.f) TRLFPF, de conformidad con la redacción dada por la Ley 24/2001, únicamente admite la segunda de las opciones anteriores, esto es, un acuerdo adoptado expresamente en el

²¹⁰⁰ Se trata, como se ha dicho, de “una ordenación normativa más flexible que la que propicia la de general aplicación contenida en el art. 44, porque la legislación específica se basa en una decidida potenciación de la autonomía colectiva negocial” (MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 73). En idéntico sentido, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.ª: “Los planes y fondos de pensiones ante las nuevas...”, *op. cit.*, p. 41.

²¹⁰¹ Por ello, como indica MONEREO PÉREZ, no resulta extraño que cuando el fenómeno sucesorio derive de un acuerdo colectivo se esté propiamente ante un fenómeno de cesión o sucesión contractual “inter-vivos” en los contratos colectivos de previsión, ya que sólo se produciría una auténtica cesión legal o sucesión “ope legis” en el contrato cuando se dé entrada en vía supletoria a lo prevenido en el art. 5.4.f) TRLFPF. Por el contrario, en el caso del art. 44 ET el principio sucesorio “en la íntegra posición laboral del anterior titular adquiere siempre la forma típica de una sucesión “legal” del nuevo empleador en el complejo sistema de relaciones laborales existentes en la empresa transferida” [“Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, pp. 131-132].

momento en que tiene lugar la transmisión²¹⁰². De este modo, se descarta definitivamente la posibilidad de que sean las propias especificaciones del plan las que prevean expresamente y con carácter preventivo la no continuidad del sistema de previsión una vez tenga lugar el cambio de titularidad, lo cuál, por otra parte, ha sido una práctica bastante extendida²¹⁰³. Desde luego, se trata de una solución más acorde con la normativa común o general del art. 44 ET, que en su apartado 4º da entrada a la disponibilidad colectiva a través de acuerdo de empresa una vez consumada la transmisión empresarial. Y es que no resulta descabellado pensar que lo más apropiado en estas circunstancias sea la adopción de un pacto sobrevenido que se encargue de precisar los efectos de la cesión global del patrimonio de la empresa sobre el plan o planes de pensiones preexistentes a la operación societaria²¹⁰⁴. Sea como fuere, lo cierto es que se hace necesario un pacto en contrario a los efectos de dar por terminado el plan una vez acontezca la operación transmisiva, lo que obliga seguidamente a preguntarnos sobre el/los sujeto/s encargado/s de adoptarlo. Y en este caso, como nada dice el art. 5.4.f) TRLPFP, habrá que pensar que el correspondiente acuerdo se podrá adoptar por la propia comisión de control del plan, cuando así se haya previsto en las especificaciones del mismo, o, en su defecto, por el empresario y los representantes de los trabajadores, esto es, en sede negocial²¹⁰⁵.

En tercer lugar, debe llamarse la atención respecto de la falta de conformidad entre el ámbito material del art. 5.4.f) TRLPFP, que se refiere a los supuestos de transmisión reconducibles a la expresión “fusión o cesión global del patrimonio”, y el del art. 44 ET, que habla de forma más amplia de “cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma...”²¹⁰⁶. Pese a ello, cabría postular una interpretación

²¹⁰² En idéntico sentido, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “Los planes y fondos de pensiones ante las nuevas...”, *op. cit.*, p. 41.

²¹⁰³ Un número importante de planes optaron en sus especificaciones por sustraerse al principio general de continuidad, entre otros, las *Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de Transportes de Barcelona, S.A.* (3 Junio 1999); el *Reglamento del Plan de Pensiones de la Caja de Ahorros del Mediterráneo* (Septiembre 1999); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Distribución* (Enero 1998); el *Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus sociedades filiales*; el *Plan de Pensiones del Sistema de Empleo y de la Modalidad de Aportación Definida de “Asland, Sociedad Anónima”* (14 Marzo 1991); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Caja de Ahorros de Asturias (Pecajastur)* (3 Septiembre 1996); el *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja Insular de Ahorros de Canarias*; el *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.* (Noviembre 2000); el *Reglamento del Plan de Pensiones de B.N.P. España, S.A.* y el *Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba, S.A.*

²¹⁰⁴ Se sugiere que “el legalmente admitido pacto sobrevenido en contrario a la continuidad del Plan (y a la consiguiente sucesión “ope legis” del nuevo titular empresarial en la posición ocupada por el anterior en el mismo), puede ser un convenio colectivo de previsión” [MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 131].

²¹⁰⁵ VV. AA.: *Previsión Social...*, *op. cit.*, p. 209.

²¹⁰⁶ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “Los planes y fondos de pensiones ante las nuevas...”, *op. cit.*, p. 41.

extensiva del alcance del art. 5.4.f) TRLPFP, puesto que habría que entender que la norma busca incluir en su ámbito de aplicación todos aquellos supuestos de transmisión de empresa que entrañen el efecto de la extinción formal del promotor del plan, es decir, la desaparición de la personalidad jurídica contractual del promotor²¹⁰⁷. Los propios planes de pensiones en sus especificaciones exigen para la finalización del sistema de previsión que la desaparición del mundo jurídico del promotor sea total y no se produzca un mero cambio de denominación o cualquier tipo de renovación de su personalidad jurídica, o se produzca la sustitución del promotor por cesión, escisión, fusión u otras situaciones análogas, absorción o venta de la empresa o parte de su actividad, o por cualquier otro supuesto de cesión global del patrimonio de la empresa²¹⁰⁸. Por tanto, la subrogación deberá operar en cualquier negocio jurídico interempresarial que conduzca al resultado antes apuntado, esto es, a la extinción formal del promotor del plan²¹⁰⁹; incluyendo, también, los supuestos de cesión o transmisión parcial de empresa²¹¹⁰.

Pese a las diferencias apuntadas entre los arts. 44 ET y 5.4.f) TRLPFP, lo cierto es que éste último guarda perfecta sintonía con el sistema general previsto en el precepto estatutario. De aquél se deduce, al igual que en la normativa común, una serie de garantías jurídicas instituidas con el claro propósito de dar continuidad a los regímenes de protección social complementaria vía planes de pensiones en los supuestos de fusión de sociedades o de cesión global del patrimonio. En primer lugar, se establece como regla general la no afectación al plan de pensiones preexistente de la sucesión empresarial, dado que la sociedad resultante de la fusión o la cesionaria del patrimonio se subroga en la condición de promotor. Ello significa que el nuevo titular de la empresa ocupará la posición del promotor en las mismas condiciones que el anterior, garantizándose la conservación o permanencia de los derechos consolidados de los partícipes y los derechos adquiridos de los beneficiarios y, por tanto, la continuidad

²¹⁰⁷ En definitiva, se entenderían incluidas “la fusión de sociedades (propia o por absorción), la extinción de una sociedad o de varias para la constitución de una nueva, los supuestos de “conversión” de sociedades, los casos de sustitución o “transformación” del empresario persona física en empresario persona social, o viceversa (empresario social individual que pasa a empresario social y sustitución de un empresario social por otro empresario individual), etcétera” [MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 131]. Para LÓPEZ CUMBRE la escueta referencia de la norma a la figura de la fusión o la cesión global del negocio encuentra su explicación en que “son las que con más frecuencia se presentan en la realidad empresarial y en las que más fácilmente se reúnen los requisitos propios de una subrogación” (“Comentarios al Real Decreto Legislativo 1/02, de 29 de noviembre, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones”, *iustel.com, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 1, 2003, p. 10).

²¹⁰⁸ Art. 37.1.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Trabajadores del Ente Público Radiotelevisión Española* (Abril 2000); art. 38.1.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Autobuses de Córdoba, S.A.M.* y art. 48.1.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo del Excmo Ayuntamiento de Picassent*.

²¹⁰⁹ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Comentarios al Real Decreto Legislativo 1/02...”, *op. cit.*, p. 10.

²¹¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Texto Refundido de la Ley de Planes...”, *op. cit.*, p. 72.

del sistema-plan preexistente. Ahora bien, para ello será necesario, además, que no exista un acuerdo en contrario adoptado con ocasión de la operación transmisiva, dado que en tal caso primará la solución negociada de las partes. Es en este punto donde la normativa específica se aleja de lo prevenido en la normativa general ex art. 44 ET, otorgando a la autonomía privada, ya colectiva o puramente contractual, la facultad de sustraerse de la aplicación de la regla general de continuidad del plan²¹¹¹. En segundo lugar, se impone como ya se ha dicho un sistema de responsabilidad solidaria por obligaciones de previsión nacidas y no satisfechas antes de la transmisión de la empresa. En esta ocasión, no existe una remisión a la normativa específica de los planes, de modo que tal responsabilidad rige por la aplicación directa e inmediata del art. 44.3 ET.

Este régimen de garantías se complementa con la previsión contenida en el último párrafo de los arts. 5.4.f) TRLFPF y 24.1.f) RFPF, que consiste en la obligación de reconducir a un único plan a todos los partícipes y sus derechos consolidados y, en su caso, a los beneficiarios en el supuesto de que una entidad resulte promotora de varios planes como consecuencia del proceso de fusión o cesión correspondiente. Una obligación que deberá cumplirse en el plazo de doce meses desde la fecha de la operación societaria. Como se ve, se trata de una solución que impone la unidad de los sistemas previsores resultantes de la operación transmisiva, justificada en la idea de posibilitar el adecuado funcionamiento de futuro de la política de previsión de base empresarial y de garantizar mejor la viabilidad del complejo empresarial resultante de la operación²¹¹². Pero además, conviene resaltar la imposibilidad de que se den soluciones alternativas adoptadas por la autonomía colectiva en el sentido de permitir el mantenimiento de dos o más planes del sistema de empleo promovidos por la misma entidad²¹¹³. Y es que los términos inequívocos en los que se expresa la norma –“se procederá”-, junto con la previsión contenida en el art. 4.1.a) que indica que el promotor sólo podrá serlo de uno avalan suficientemente aquella posición. Cuestión distinta es la oportunidad de la medida, ya que la misma se compagina mal con la prevista para estos casos en el art. 5.4.f) TRLFPF, en la que se potencia el principio de autonomía de las partes, al admitir sin ambages la posibilidad de un pacto en contrario de la continuidad del plan con ocasión del evento transmissivo. Por ello, parece

²¹¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 138. Como señala el mismo autor “este reenvío a la autonomía privada (colectiva o de los sujetos constituyentes del Plan) “dispositiva” la normativa sucesoria en este punto, y se inserta en una tendencia flexibilizadora de la aplicación de la regulación laboral de los efectos de los cambios de titularidad de la empresa” (*Ibidem*, p. 138).

²¹¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fusión de sociedades y previsión...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

²¹¹³ En todo caso, lo que en la práctica puede ser relativamente frecuente es utilizar la figura de los subplanes como forma de dar cumplimiento a la obligación legal de reconducción en un único plan. *Cfr.* VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, *op. cit.*, p. 125.

lógico que lege ferenda la norma no impida una vía negociada de solución²¹¹⁴.

B) La regulación del ordenamiento interno y su adecuación a la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre transmisiones de empresa

Como se ha podido comprobar, los planes de pensiones quedan afectados, salvo acuerdo en contrario, por el principio sucesorio *ex art. 5.4.f)* TRLPFP consistente en que la sociedad resultante de la fusión o la cesionaria del patrimonio se subroga en los derechos y obligaciones del promotor extinguido. Esta previsión, en clara sintonía con lo establecido de manera general en el art. 44 ET, comporta que nuestro Derecho nacional mejore sustancialmente lo dispuesto a nivel comunitario²¹¹⁵, señaladamente lo prevenido en la Directiva 2001/213/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores, en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas o de centros de actividad. En efecto, pese a que el objeto de esta Directiva sea el mantenimiento de los derechos de los trabajadores con ocasión de una operación transmisiva, con la consecuencia de que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario (art. 3.1), además de que después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio (art. 3.3.), lo cierto es que la propia norma comunitaria deja al margen de aquellas garantías “a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros”. Con esta disposición, por tanto, se dejaría fuera de la sucesión legal del empleador en la posición laboral del anterior a las prestaciones de vejez, de invalidez y de supervivencia previstas por los

²¹¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 133.

²¹¹⁵ Con ocasión de la reforma operada en el art. 44 ET por la Ley 12/2001, la doctrina destacó la inclusión de los compromisos por pensiones en el efecto subrogatorio previsto en aquél como una mejora de la Directiva comunitaria. *Vid.*, entre otros, CABEZA PEREIRO, J.: “La Seguridad Social en la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2002, p. 747; REY GUANTER, S. del: “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET”, *Temas Laborales*, núm. 61, 2001, p. 333; SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Clarosucos en el nuevo régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 137; ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, p. 64; MOLINA NAVARRETE, C.: “El “último” capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 221-222, p. 145; y MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 97.

sistemas complementarios de previsión de carácter profesional o interprofesional, entre los que cabría incluir a los planes de pensiones del sistema de empleo²¹¹⁶.

Ahora bien, siendo esto así, también la norma comunitaria deja la opción a los Estados miembros para que puedan garantizar en su respectiva legislación la continuación y el mantenimiento de los regímenes de previsión de base profesional en los supuestos de transmisión de empresas: de un lado, el primer inciso del art. 3.4.a) convierte en supletoria para la legislación de los Estados miembros la vía de la exclusión de los regímenes de previsión profesionales, al permitir una disposición en contrario por parte de aquéllos²¹¹⁷ y, de otro, la propia Directiva, en su art. 8, admite que los ordenamientos internos puedan optar por la aplicación del principio de norma mínima mejorable de la regulación prevista en aquélla, de manera que se pueda aplicar el efecto sucesorio a los compromisos por pensiones²¹¹⁸. Por tanto, teniendo en cuenta estos dos aspectos, parece claro que la vía de la inclusión de los planes de pensiones en el efecto subrogatorio previsto de manera general en el art. 44 ET y específicamente en el art. 5.4.f) TRLFPF no sólo se adecua perfectamente a lo dispuesto por la ordenación comunitaria, sino que además amplía lo prevenido en ésta, al inclinarse el legislador nacional por la aplicación de las garantías en situaciones de transmisión de empresas a los regímenes de previsión de base profesional que den cobertura a las contingencias de jubilación, invalidez y supervivencia, respecto de los cuáles el legislador comunitario establece su exclusión.

En cualquier caso, la extensión de los efectos jurídicos de la sucesión legal a la protección social complementaria también debe relacionarse con aquella previsión de carácter imperativo de la norma comunitaria que señala la necesidad de que los Estados miembros adopten “las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios” [art. 3.4.b)]. De modo que con esta previsión se refuerza la exigencia de que los compromisos por pensiones, referidos únicamente y

²¹¹⁶ Sobre este particular, resulta oportuno recordar la interpretación restrictiva que el TJCE ha mantenido en su sentencia de 4 de junio de 2002 (Asunto C-164/00), al rechazar la inclusión de unas prestaciones de jubilación anticipada o de prejubilación en la excepción a que se refiere el art. 3.4.a) de la Directiva 2001/23/CE. *In extenso*, sobre la citada resolución TAPIA HERMIDA, A.: “Las “prejubilaciones” o “jubilaciones anticipadas” en las sucesiones...”, *op. cit.*, pp. 137-150 y TURSI, A.: “Previdenza complementare e trasferimento d’impresa (nota a la STJCE 4 junio 2002)”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 2003, pp. 397-454.

²¹¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 134. En idénticos términos, CABEZA PEREIRO, J.: “La Seguridad Social en la Ley 12/2001...”, *op. cit.*, p. 747.

²¹¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 134.

de forma sorprendente a las prestaciones de vejez y muerte y supervivencia, queden garantizados en las operaciones de transmisión entre empresas. De ahí que se encuentre plenamente justificada la inclusión de los regímenes complementarios de previsión entre los derechos y obligaciones que ha de asumir la empresa resultante del proceso de fusión o de cesión global del patrimonio.

En todo caso, parece oportuno matizar que el mantenimiento de los derechos de previsión como consecuencia de la aplicación del principio sucesorio a los planes de pensiones junto con el establecimiento de una responsabilidad solidaria *ex lege* respecto del deber de contribución y de abono de prestaciones incumplidas con anterioridad por el empresario cedente no sería la única medida que serviría para dar cumplimiento a lo prevenido por la Directiva en su art. 3.4.b). Cabría pensar que la sola garantía subrogatoria no resulta suficiente a los efectos pretendidos por ésta²¹¹⁹, a saber, garantizar los derechos adquiridos o en curso de adquisición sobre prestaciones de jubilación y supervivencia de los trabajadores en activo y en situación inactiva. Por ello, la adecuación de nuestra normativa a la exigencia comunitaria debe encontrarse, además, en el proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones empresariales iniciado, como se sabe, a partir de la LOSSP (Ley 30/1995)²¹²⁰, dado que con tal medida se garantiza la intangibilidad de los derechos de previsión de los sujetos partícipes –derechos consolidados- y beneficiarios –derechos adquiridos-.

3.4. Las situaciones de insolvencia

Otra de las circunstancias que deben ser objeto de estudio en este apartado es la referida a las distintas situaciones de insolvencia que las empresas pueden atravesar. Con ello, se trata de analizar la incidencia que dichas situaciones pueden llegar a tener respecto de los planes de pensiones constituidos. Y es que, como cabe imaginar, la propia viabilidad del sistema previsor creado en el ámbito empresarial va a depender del grado de cumplimiento por parte del empleador de sus compromisos de contribución²¹²¹. Por ello, resulta en todo punto necesario analizar, siquiera

²¹¹⁹ Señala MOLINA NAVARRETE que dicha garantía no es en modo alguno bastante, “ni en relación al ámbito subjetivo protegido, ni a la naturaleza de las situaciones de interés tuteladas, ni en relación al arco temporal sobre el que se extiende esa tutela” (“El “último” capítulo de la primera fase...”, *op. cit.*, p. 144).

²¹²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F: *La transmisión de empresa y las relaciones...*, *op. cit.*, p. 115. En parecidos términos, MORALA GÓMEZ, A.: “La nueva regulación de la sucesión de empresas”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2002, p. 197.

²¹²¹ Además, sobre todo, “de la capacidad de los Fondos de Pensiones para conservar y rentabilizar un patrimonio de afección a una finalidad de previsión” (MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, pp. 192-193). Resulta paradigmático sobre este asunto la liquidación acelerada de los regímenes de previsión empresariales en Estados Unidos a partir de 2002 en el sector de las compañías aéreas tradicionales. Así, como señala SAUVIAT, las concesiones salariales negociadas por efecto de la presión de las crisis que afectaron a aquéllas se acompañaron de un ataque sistemático a los sistemas de pensiones

brevemente, el modo en qué los derechos de previsión derivados de los planes de pensiones empresariales quedan garantizados ante las situaciones descritas.

En todo caso, y antes de pasar al estudio de dichas garantías, conviene inicialmente poner de manifiesto que la posible existencia de medidas tendentes a proteger los compromisos por pensiones frente a las situaciones de insolvencia empresarial debe conectarse con la atención que este asunto ha merecido tanto a nivel internacional como comunitario. No en vano, en casi todos los ordenamientos que se han ocupado de regular la figura de los fondos de pensiones los poderes públicos y los responsables de la puesta en marcha de los planes de pensiones han adoptado una amplia gama de dispositivos jurídicos e institucionales –la externalización de los compromisos, la obligación de garantizar la cobertura actuarial de los pagos futuros, la imposición de unas condiciones mínimas a los gestores de fondos, la obligación de un reaseguramiento de las prestaciones o la creación de una institución pública o semipública de garantía- los cuáles se han podido agrupar en función de si con tales medidas se trataba de prevenir la materialización del riesgo de insolvencia o, por contrario, se buscaba, más bien, compensar sus efectos una vez tenía lugar²¹²². A ello ha contribuido, desde luego, la adopción, en el primer caso, esto es, en el plano internacional, de dos instrumentos normativos que inciden en esta cuestión: de un lado, la Recomendación núm. 180 de la OIT de 1992, sobre protección de los créditos de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador, dado que en la misma se señala que las aportaciones a los regímenes privados de previsión pueden ser objeto de un mecanismo de garantía, o lo que es lo mismo, se pueden incluir entre los créditos que pueden obtener el beneficio de un derecho de preferencia; de otro lado, el Convenio núm. 173 de la OIT de 23 de junio de 1992, sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador²¹²³, que exige, en caso de insolvencia del empleador, que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo (entre ellos, cabe pensar los referidos a obligaciones de previsión derivados de planes de pensiones) deberán quedar protegidos “por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados pueden cobrar la parte que les corresponda” (art. 5) o por una institución de garantía, cuando el pago de aquéllos “no pueda ser efectuado por el empleador debido a su insolvencia” (art. 9).

en la modalidad de prestaciones definidas. US Airways y United Airlines, ambas amparadas por lo previsto en estos casos por la norma relativa a la quiebra empresarial en EEUU, solicitaron poner fin a sus regímenes profesionales largamente financiados (“Restructuration et mise en cause des régimes complémentaires de retraite: le cas de United Airlines”, *Chronique internationale de l’IRES*, núm. 95, 2005, p. 10).

²¹²² TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de pension...*, op. cit., pp. 157-158.

²¹²³ Rat. 1995, BOE 21 junio 1995.

En el segundo caso, esto es, en el plano comunitario, resulta de interés la Directiva 80/987/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, a la cuál ya nos referimos con anterioridad. En lo que aquí interesa, conviene recordar el mandato contenido en su art. 8 en el que se exige a los Estados miembros la adopción de “las medidas necesarias para 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 en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social”. Se obliga, por tanto, a los Estados miembros a establecer mecanismos de aseguramiento a los efectos de que queden protegidos suficientemente los intereses de previsión de los trabajadores en activo y de los que han dejado la empresa, aunque quedan abiertas las fórmulas a emplear por aquéllos para conseguir dicho cometido.

En consonancia con esta preocupación mostrada a nivel internacional y a nivel comunitario respecto a la incidencia que las situaciones de insolvencia pueden llegar a tener respecto a los compromisos por pensiones en general, nuestra legislación, como no podía ser de otra manera, va a mostrar igualmente especial atención a este aspecto. En primer lugar, como se recordará, la primera de las medidas de garantía para los trabajadores en caso de insolvencia está constituida por la opción legal de la externalización a partir de la LOSSP (Ley 30/1995). Así, la prohibición como regla general de constituir fondos internos de previsión social en el pasivo del balance de las empresas y la consiguiente obligación de instrumentar los compromisos empresariales de previsión a través de fondos externos resulta una medida que permite, al menos, salvaguardar la subsistencia de los mismos respecto a una eventual situación económica negativa de la organización productiva. Y es que, como ya se dijo, los fondos internos constituidos por las empresas para dar cobertura a los compromisos por pensiones pactados, al no constituir un patrimonio separado y mantener el empresario la titularidad de los mismos, corren la misma suerte que el resto del patrimonio empresarial en caso de insolvencia. Por tanto, la apuesta legal en favor de la creación de fondos externos a las empresas es, sin lugar a dudas, un mecanismo adecuado para dotar de mayores garantías a los sistemas de previsión privados frente a las crisis empresariales como a las posibles conductas manipulativas de los empleadores.

Pero además, en lo que se refiere a los planes de pensiones como posible instrumento de exteriorización de los compromisos por pensiones, éstos presentan una serie de garantías frente a las situaciones de insolvencia empresarial, respecto de las cuáles ya se hizo algún comentario. De entrada, los derechos consolidados de los partícipes cuentan con un mecanismo reforzado de protección, a saber, que no pueden ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración (art. 8.8, último párrafo TRLPFP). En segundo lugar, desde el sistema legal de los planes se autoriza la posibilidad de que el plan pueda prever la contratación de seguros, avales y otras garantías a los efectos de poder garantizar el cumplimiento de las obligaciones correspondientes (art. 8.2 TRLPFP), por lo que de decantarse el plan por esta opción se estaría protegiendo de forma más eficaz los intereses de previsión de los sujetos participantes en el mismo. En tercer lugar, el patrimonio de los fondos de pensiones no va a responder de la situación de insolvencia del empleador (art. 12.2 TRLPFP), en consecuencia con el principio de independencia o autonomía patrimonial comentado anteriormente. Ello comporta, pues, que los acreedores del promotor del plan integrado en el fondo no van a poder dirigirse contra éste a los efectos de satisfacer sus pretensiones. Finalmente, los mecanismos de control diseñados en los planes con el objetivo de supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de previsión se erigen, del mismo modo, en adecuados instrumentos de garantía para los partícipes y beneficiarios: de un lado, cabe citar la actividad desarrollada por la comisión de control como mecanismo interno de participación y representación de los sujetos interesados; de otro, la tarea de vigilancia que corresponde llevar a cabo a la Administración Pública respecto a todo el sistema institucional de los planes (arts. 31-36 TRLPFP).

Pese a todo, este tratamiento de los estados de insolvencia en el marco de los planes presenta una serie de deficiencias importantes respecto de una real y efectiva protección de los intereses de los sujetos participantes de los sistemas privados de previsión. En primer término, hay que llamar la atención acerca de las dificultades con las que partícipes y beneficiarios de un plan se pueden encontrar ante un eventual incumplimiento del empleador de sus compromisos de contribución motivado por una situación de insolvencia. Ante esta circunstancia, cabe decir que la reclamación del cumplimiento de dichas obligaciones no atendidas no encontrará amparo en la aplicación de las garantías salariales previstas en el ET (arts. 32 y 33), dado que, de forma mayoritaria, tanto la doctrina²¹²⁴ como la

²¹²⁴ Así lo aceptan respecto de las mejoras voluntarias FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L. de la: “Mejoras voluntarias de protección...”, *op. cit.*, p. 110 y VV. AA.: *La previsión social complementaria...*, *op. cit.*,

jurisprudencia²¹²⁵, vienen entendiendo que las aportaciones y las prestaciones de previsión social voluntaria complementaria no pueden incluirse entre los créditos salariales a que se refieren los preceptos estatutarios, y ello por el carácter extrasalarial que aquéllas ostentan. Por tanto, en nuestra legislación no existe una garantía expresa de los créditos de los trabajadores frente a su empresa que tengan su origen en un plan de pensiones en calidad de crédito privilegiado ni el Fondo de Garantía Salarial responderá del incumplimiento en el abono de los compromisos por parte de la empresa que se encuentre inmersa en una situación de insolvencia. En segundo término, y como se ha podido comprobar, la normativa de los planes deja a pura opción facultativa de los sujetos constituyentes del plan el asegurar o garantizar las prestaciones comprometidas en el mismo. Ello comporta que en el caso de que no exista un mecanismo de aseguramiento de éstas la situación de insolvencia empresarial afectará de forma ineludible a los derechos de crédito de los partícipes.

Estas dos significativas limitaciones del modelo legal de los planes de pensiones en nuestro país sugiere una más que evidente desprotección de los intereses de previsión de los partícipes y beneficiarios de un plan ante una crisis empresarial, ya que si, de un lado, las garantías salariales del ET resultan de difícil aplicación en este caso (salvo que se acepte su consideración como créditos laborales²¹²⁶); y, por otro, no se deduce del ordenamiento legal la obligación del aseguramiento de todos los planes, resulta más que previsible que ante la insolvencia empresarial los compromisos de contribución al plan contraídos no sean suficientemente atendidos. Por ello, teniendo en cuenta estos dos aspectos, parece oportuno volver a insistir, tal y como se comentó en otro lugar, en la necesidad de que la ordenación normativa de los planes sea objeto de una reformulación en este asunto, no sólo por lo que se refiere a una adecuada y real garantía de los intereses de partícipes y beneficiarios sino también en atención al mandato legal comunitario contenido en el art. 8 de la Directiva 90/987/CEE. Así, cabe recordar lo dicho con anterioridad en relación a la necesidad de crear instituciones de carácter público o semipúblico capaces de garantizar los compromisos adquiridos con los trabajadores y no

p. 134. Igualmente, de las aportaciones y prestaciones de los planes MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 195 y LUQUE PARRA, M.: “La insolvencia de los planes y fondos...”, *op. cit.*, p. 2125 *Vid.* STSS 2 junio 1998 (RJ 1998, 4940), 25 febrero 1999 (RJ 1999, 2604) y 18 marzo 1999 (RJ 1999, 3010).

²¹²⁶ Y es que parte de la doctrina ha sostenido que a los créditos generados por los trabajadores frente a su empleador por mejoras voluntarias de la acción protectora les alcanzan las garantías propias del salario (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: “Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el ordenamiento laboral español”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993, p. 128). Más ampliamente respecto de la inclusión de la protección social complementaria entre las citadas garantías, *vid.* ELORZA GUERRERO, F.: “Efectos de la reforma concursal sobre la protección de los créditos laborales de los trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005, p. 59.

satisfechos en virtud del acaecimiento de determinadas vicisitudes empresariales o de exigir, en último término, el aseguramiento obligatorio de las prestaciones derivadas de los planes. Se trata de dos opciones que encuentran perfecto acomodo en algún que otro ordenamiento²¹²⁷. Con ello, como ya se dijo, se atendería mejor lo preceptuado por la norma comunitaria reseñada, específicamente lo dispuesto en el art. 8, ya que con tales medidas se da plena efectividad a la protección dispensada por el plan, tal y como parece sugerir la Directiva –“los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que hayan dejado la empresa, o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste...”-. De otro modo, habría que entender que la transposición de la Directiva resulta insuficiente para alcanzar los objetivos de la norma, esto es, que la insolvencia de la empresa no suponga una desprotección de los pensionistas y partícipes, con lo que ante esta situación no resultaría extraño admitir la vía de la responsabilidad indemnizatoria del Estado por defectuosa adecuación de la norma estatal a los requerimientos de la norma comunitaria.

4. La portabilidad de los derechos de pensión complementaria en la Unión Europea

Ya se comentó en otro lugar la importancia de determinadas actuaciones de índole comunitaria en el impulso dado a los regímenes complementarios de previsión. Este tipo de acciones, cuya finalidad era la de resolver los problemas que dichos sistemas de previsión podían presentar en materias como la igualdad de trato, la insolvencia empresarial, la transmisión de empresas y la libertad de circulación de los trabajadores, contribuían a formar un incipiente corpus normativo de coordinación de las pensiones complementarias en el plano comunitario. Sin embargo, y pese a estos intentos loables de solventar determinados problemas específicos en la materia, lo cierto es que los trabajos comunitarios en este asunto seguían sin dar una respuesta definitiva a determinadas cuestiones cruciales que las pensiones complementarias planteaban en el ámbito de la Unión Europea. Precisamente, una de ellas, la referida a los obstáculos a la libre circulación de trabajadores entre Estados miembros como los obstáculos a la movilidad dentro de un Estado miembro resultantes de determinadas disposiciones de

²¹²⁷ Los fondos de garantía bajo la forma de una institución de derecho público financiada normalmente por los empresarios promotores encuentra en los ordenamientos americano e inglés dos ejemplos sobradamente conocidos. Tanto en el primer caso, a través de la *Pension Benefit Guarantee Corporation* (PBGC), como en el segundo, mediante la *Pension Compensation Board* (PCB), estaríamos ante instituciones de compensación en caso de insolvencia del promotor. Un análisis de la primera se encuentra en CONISON, J.: *Employee benefits...*, op. cit., pp. 455-484. Por otra parte, un ejemplo ya clásico de reaseguramiento obligatorio para dar cobertura a los casos de insolvencia de las empresas que disponen de fondos internos de previsión social está constituido por la denominada *Pensionsversicherungverein* (PSV) en Alemania.

los regímenes complementarios de pensión, no ha encontrado todavía una solución satisfactoria. Y es que en la actualidad siguen sin existir cláusulas legislativas comunes que protejan efectivamente los derechos a una pensión complementaria acumulados por los trabajadores que se trasladan a otro país, e incluso dentro de los Estados miembros no se garantiza en general la plena transferibilidad de la pensión²¹²⁸.

Como se recordará, un primer paso en el proceso de supresión de barreras a la libre circulación en materia de pensiones complementarias está constituido por la Directiva 98/49/CE. Sin embargo, esta norma comunitaria no contempla aquellas situaciones de trabajadores que una vez extinguida su relación laboral con el empresario-promotor de un plan quieran transferir sus derechos acumulados a otro plan creado en el ámbito de la empresa de destino y conforme a la normativa de otro Estado miembro²¹²⁹. No es éste el ámbito de actuación de la norma comunitaria, cuyas pretensiones son más modestas, ya que la misma centra su atención en la adopción de una serie de medidas de salvaguarda de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores que se desplazan dentro del territorio de la Unión Europea. Por tanto, es respecto de este tipo de trabajadores, los destinados a trabajar en otro Estado miembro y que, a tenor de lo dispuesto en el título II del Reglamento (CEE) n° 1408/71, siguen estando sujetos a la legislación del Estado miembro de origen, sobre los que se articulan aquellas medidas: entre las más importantes, el del mantenimiento de los derechos de pensión adquiridos en un nivel comparable a aquél al que se benefician los afiliados respecto de los cuales se deje de cotizar pero que permanecen en el mismo Estado miembro, el de garantizar el pago de las prestaciones que le sean debidas en otros Estados miembros y, finalmente, el de la continuidad en el abono de las

²¹²⁸ Vid. ANDRIETTI, V.: “Transferibilidad de los derechos a la pensión complementaria en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 54, núm. 1, 2001, pp. 78-93.

²¹²⁹ A estos efectos, resulta enormemente ilustrativa la Petición 1042/2003, presentada por Bernard Delord, de nacionalidad francesa, sobre la transferibilidad en la unión de los derechos de pensión complementaria en la que se pone de manifiesto la insuficiencia de la Directiva 98/49/CE en punto a garantizar el derecho de un trabajador francés a trasladar a su país las cotizaciones realizadas en Alemania, en concepto de pensión complementaria, al no reunir los requisitos de edad y cotización mínima (35 y 10 años, respectivamente) previstos por la normativa alemana para el cobro de la pensión. La respuesta de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo es clara al respecto: se considera que la petición formulada se refiere al problema de la transferibilidad de los derechos de pensión complementaria y la posibilidad de tener en cuenta los períodos de seguro en Alemania, lo cuál no se contemplan en la Directiva mencionada y, en particular en su art. 4 sobre los derechos adquiridos, “dado que no había transcurrido el período mínimo de cotización de diez años para la adquisición de derechos de pensión complementaria, con lo que no se cumplía el requisito establecido por la legislación alemana”. Para la citada Comisión, ello “no supone un trato diferente del dispensado a una persona que dejara de cotizar al régimen en idénticas circunstancias pero sin abandonar Alemania. Por consiguiente, no cabe hablar de incumplimiento de la Directiva 98/49/CE”. A continuación, se reconoce que “la Directiva no contempla la llamada “portabilidad” de las pensiones complementarias, es decir, la posibilidad de adquirir (incluso para períodos más cortos de empleo al inicio de la carrera profesional) y conservar derechos de pensión en caso de movilidad profesional (ya sea manteniéndolos en el régimen del empresario anterior o transfiriéndolos a un nuevo régimen)”.

cotizaciones o aportaciones a los sistemas complementarios de pensión durante todo el tiempo que dure el desplazamiento. Por consiguiente, aspectos tales como la posible transferencia de los derechos acumulados por pensiones complementarias a otro Estado miembro quedan al margen de la ordenación comunitaria, correspondiendo a los ordenamientos nacionales resolver esta cuestión.

Sin embargo, en el caso de nuestro país, tampoco se da respuesta a la posible transferibilidad de los derechos acumulados a otros países, dentro o fuera de la Comunidad Europea. Nuestro ordenamiento permite la participación en un plan de pensiones de trabajadores comunitarios o de países extranjeros en general –rige en estos casos el principio de territorialidad- pero en modo alguno posibilita la transferencia al extranjero de los derechos de pensión acumulados ni tampoco la continuidad de la participación en el plan del país de acogida del trabajador transferido²¹³⁰. En definitiva, el cambio de empresa conlleva irremediamente el no poder movilizar los derechos de pensión complementaria (aunque sí su retención en el plan anterior) o, en el peor de los casos, la misma terminación de la afiliación o adscripción en el país de origen²¹³¹.

Como cabe imaginar, esta situación resulta incomprensible a estas alturas, si se tiene en cuenta la existencia de un cada vez mayor y más significativo mercado transnacional de empleo y de trabajo. Es más, son de sobras conocidos los obstáculos vinculados a los sistemas de pensiones complementarios que impiden la libre circulación de trabajadores²¹³². De un lado, las duras condiciones para la adquisición de derechos de pensión complementaria, incluidos largos períodos de carencia, desalientan un cambio de empleo antes de haber adquirido el derecho o impiden la aceptación de un trabajo en otro país en el que se exige un período de permanencia en el sistema de previsión muy prolongado. De otro lado, el cálculo de los valores de transferencia con penalización de los trabajadores que abandonan un sistema, y la inapropiada conservación de los derechos “latentes” suponen importantes obstáculos a la movilidad laboral, incluso interna. Por último, los trabajadores que deseen ejercer el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea pueden encontrarse con importantes trabas fiscales al intentar transferir los derechos acumulados (cuando ello es posible) de un sistema de capitalización del estado miembro de origen a otro sistema del Estado de acogida. También en el plano internacional se ha dejado constancia de la necesidad de “garantizar la coordinación de los regímenes legales y alentar la coordinación de los regímenes privados de pensiones, a fin de eliminar los obstáculos a la

²¹³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 8...”, *op. cit.*, p. 320.

²¹³¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 4.1.a)...”, *op. cit.*, p. 118.

²¹³² La Comisión de la Comunidades Europeas los documentó en el *Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único* (10 junio 1997).

movilidad profesional”²¹³³. Por tanto, probada la relación entre movilidad laboral y sistemas complementarios, resulta necesaria una actuación en este punto que facilite a los trabajadores la adquisición, conservación y movilización de sus derechos de pensión en el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

En atención a las razones expuestas y teniendo en cuenta la importancia creciente de los regímenes complementarios de pensión, en especial en la cobertura de los riesgos de vejez, no parecía lógico que la actuación comunitaria se mostrara indiferente a esta cuestión. En efecto, los últimos trabajos de las autoridades comunitarias respecto a esta materia se han orientado en la dirección de reducir los obstáculos que los sistemas complementarios presentan respecto a la movilidad, con el fin de posibilitar el cambio de empleo tanto entre los Estados miembros como dentro de cada uno de ellos²¹³⁴. La culminación de los mismos se encuentra en la actualidad en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria [COM 2005 (507)]. En ella se trata de dar solución a los problemas planteados con anterioridad respecto a la posibilidad para el trabajador de adquirir o conservar derechos de pensión al ejercer su derecho a la libre circulación o a la movilidad profesional. Dada la importancia de este instrumento normativo, y la incidencia del mismo en el futuro en nuestra legislación, conviene realizar un análisis detenido de aquél para comprobar en qué medida ha quedado resuelto real y efectivamente el problema de la movilidad laboral externa a un país distinto a aquél en el que se constituyó el plan de pensiones.

Antes de ello, conviene remarcar, siquiera brevemente, los tres aspectos de la regulación de los derechos de pensiones complementarias en el ámbito comunitario que afectan ineludiblemente a la movilidad profesional, para luego evaluar las medidas adoptadas por la propuesta comunitaria. En primer lugar, resulta obligado referirse a las condiciones

²¹³³ Art. 6 de la Recomendación de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (21 junio 1988).

²¹³⁴ Se pueden destacar en este punto: de un lado, las consultas realizadas a los interlocutores sociales en dos ocasiones, las cuáles dieron lugar a dos Documentos, el primero, la Comunicación de la Comisión, de 27 de mayo de 2002, sobre las medidas para mejorar la transferencia de los derechos de pensión complementaria (primera fase de consulta de los interlocutores sociales) [SEC (2002) 597]; el segundo, la Comunicación de la Comisión, de 12 de septiembre de 2003, sobre las medidas para aumentar la transferencia de los derechos de pensión complementaria (segunda fase de consulta de los interlocutores sociales) [SEC (2003) 916]; de otro, el trabajo desarrollado por el Comité de las pensiones complementarias (Foro sobre las pensiones) creado en virtud de la Decisión C (2001) 1775 de la Comisión, de 9 de julio de 2001 (DOL núm. 196, 20 julio 2001)

de adquisición de los derechos en los regímenes de previsión²¹³⁵. En concreto, con respecto a esta cuestión, se podrían destacar cuatro elementos que pueden incidir negativamente en el ejercicio del derecho a la libre circulación. El primero de ellos se refiere al riesgo de que un cambio de empresa pueda significar la pérdida de las aportaciones o cotizaciones realizadas al régimen complementario en que se causa baja. Como cabe imaginar, si un trabajador, en el momento en que opta por trasladarse, no ha completado el período exigido para la adquisición de los derechos de pensión, y dicha circunstancia conlleva perder las cotizaciones efectuadas, parece lógico pensar que ésta influirá claramente en su decisión de cambiar de empleo. El segundo de los aspectos que puede frenar igualmente la movilidad profesional es el establecimiento de un requisito de edad mínima para adquirir el derecho a pensiones complementarias en los sistemas de previsión. Desde luego, dicha medida puede resultar restrictiva para los trabajadores más jóvenes y, por tanto, penalizar la movilidad de los mismos si por el hecho de dejar el trabajo antes de cumplir esa edad mínima pierden los derechos de pensión correspondientes al período trabajado antes de cumplir la citada edad. El tercero de los requisitos para la adquisición de los derechos que pueden afectar negativamente a la movilidad profesional se refiere a la antigüedad mínima necesaria para poder participar en un sistema complementario de pensiones. Así, el establecimiento de períodos de espera especialmente prolongados durante los cuáles los trabajadores aún no pueden afiliarse al sistema puede desincentivar de igual modo el cambio de empleo de aquéllos. Por último, el cuarto de los aspectos está constituido por el establecimiento de períodos de permanencia en la empresa a efectos de poder adquirir el derecho de pensión. En efecto, la exigencia de períodos de carencia largos se considera un obstáculo a la movilidad transfronteriza de los trabajadores, dado que induce a aquéllos a no abandonar la empresa por temor a perder los derechos que estaba adquiriendo, o porque los mismos no están dispuestos a trasladarse a un Estado miembro en que el imperen períodos de carencia prolongados, pues tardarían en adquirir el derecho a pensión.

El segundo de los ámbitos normativos de las pensiones complementarias que puede suponer un freno a la movilidad de los trabajadores es el relativo a las condiciones de preservación o mantenimiento de los derechos de pensión latentes. En este caso, se debe valorar adecuadamente la incidencia que tal situación puede tener con respecto a un eventual ejercicio del derecho a la libre circulación, ya que en ocasiones la opción por el mantenimiento de los derechos en el sistema en que se han adquirido conlleva una reducción sensible de los mismos. De

²¹³⁵ Un repaso de las trabas creadas por los sistemas de protección social complementaria a la libre circulación de los trabajadores, tomando como ejemplo al caso alemán se puede encontrar en SUÁREZ CORUJO, B.: “Las condiciones para la consolidación...”, *op. cit.*, pp. 97-113.

producirse esta circunstancia, esto es, una inapropiada conservación de los derechos de pensión mantenidos en el régimen en el que han sido obtenidos, se estaría desalentando el cambio de empleo.

Por último, otro de los factores que puede desincentivar la movilidad profesional en el ámbito comunitario se refiere a la imposibilidad o dificultad de poder transferir los derechos de pensión adquiridos de un Estado miembro a otro. En algunos casos, la transferencia puede no resultar factible debido a la diversidad de los sistemas de previsión, con lo que únicamente se tendría la opción de conservar los derechos adquiridos en su anterior sistema de empleo. En otros, aún siendo posible, existe el riesgo de que el trabajador sea penalizado debido a los cálculos del valor de los derechos transferidos efectuados por los dos regímenes que intervienen en la transferencia, o bien por la imposición de cargas administrativas excesivas. Por tanto, cualquier intento de favorecer la movilidad de los trabajadores participantes de estos sistemas de previsión complementarios debe corregir estos aspectos.

Pues bien, planteados los inconvenientes que determinadas normas que regulan los regímenes complementarios de pensión pueden tener respecto a libre circulación de los trabajadores, momento es de pasar al estudio de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria. En primer lugar, conviene destacar aquellos aspectos que enmarcan la propuesta comunitaria, entre los cuáles, se pueden subrayar los siguientes: primero, las medidas que se proponen son el resultado de un largo proceso de intercambio de información y experiencias a nivel europeo tendentes a reducir tanto los obstáculos a la movilidad dentro de un Estado miembro como los obstáculos a la movilidad dentro de un Estado miembro resultantes de determinadas normas de los regímenes complementarios de pensión, aún cuando en aquél han estado ausentes las negociaciones para la celebración de un acuerdo entre los interlocutores sociales debido a los puntos de vista divergentes en cuanto al contenido y a los instrumentos de una posible actuación comunitaria; segundo, con la propuesta, además de proporcionar principios comunes para la adaptación de las legislaciones de los Estados miembros en la materia, de conformidad con los artículos 42 y 94 del Tratado CE, se atiende otro aspecto de indudable importancia, a saber, procurar que las empresas no se vean perjudicadas al establecerse en otro Estado miembro, debido a la dificultad de contratar personal cualificado porque dicho personal esté retenido en otras empresas a causa de las normas que regulan los regímenes complementarios de pensión; tercero, se justifica la elección de la Directiva como instrumento legislativo porque permite el equilibrio entre el derecho inalienable de los trabajadores a la libre circulación y la flexibilidad necesaria para que los legisladores nacionales puedan aplicar la ley

teniendo en cuenta las especificidades nacionales de los regímenes complementarios de pensión.

En segundo lugar, la propuesta se aplica a los regímenes complementarios de pensión a que se refería la Directiva 98/49/CE y toma en cuenta los conceptos utilizados en este ámbito de acuerdo con las definiciones formuladas en aquélla, resultando nuclear el concepto de “portabilidad”, el cuál queda referido a “la posibilidad para el trabajador de adquirir y conservar derechos de pensión al ejercer su derecho a la libre circulación o a la movilidad profesional [art. 3 g)].

En tercer lugar, la propuesta establece las medidas a adoptar por los Estados miembros con objeto de eliminar los obstáculos a la movilidad, las cuáles van a estar relacionadas con los tres aspectos apuntados con anterioridad, esto es, las condiciones de adquisición de los derechos de pensión, modalidades de conservación de los derechos de pensión latentes y las normas de transferibilidad de los derechos adquiridos. Con respecto a las condiciones de adquisición (art. 4), se exige de los Estados miembros la adopción de las medidas siguientes: primero, que las cotizaciones a un régimen complementario de pensión que hayan sido sufragadas por el trabajador o por el empresario en nombre del trabajador no deben perderse en caso de que cese la relación laboral, aunque dichas cotizaciones no den aún derecho al pago de una pensión futura, y se reembolsen o transfieran [art. 4.a)]; segundo, la edad mínima para poder adquirir derechos de pensión complementaria no debe ser superior a los 21 años en todos los Estados miembros [art. 4.b)]; tercero, el periodo de espera, es decir, el tiempo necesario después del establecimiento de una relación laboral para que un trabajador pueda afiliarse a un régimen complementario de pensión, no debe exceder de un año o, en su caso, a más tardar cuando cumpla la edad mínima exigida [art. 4.c)]; cuarto, el denominado “periodo de carencia”, es decir, el tiempo que debe transcurrir desde el comienzo del pago de cotizaciones hasta que éstas confieran derechos de pensión, no debe exceder de dos años [art. 4.d)]. En relación a la conservación o mantenimiento de los derechos latentes (art. 5), la Comisión considera necesario prever un ajuste equitativo de los derechos de pensión latentes, dejando a los Estados miembros la elección de la forma y los instrumentos de este ajuste (art. 5.1). Además, cuando los derechos adquiridos son de escaso valor, debe existir la posibilidad de que los regímenes complementarios de pensión, además de ser transferidos, se reembolsen siempre que no excedan de un determinado límite máximo fijado por los Estados miembros (art. 5.2). Finalmente, para facilitar la transferencia de los derechos adquiridos en el régimen complementario de pensión de una relación laboral al de la nueva relación laboral (art. 6), la propuesta exige de los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar “que si un trabajador saliente no está cubierto por el mismo

régimen complementario de pensión en su nuevo empleo, pueda, previa solicitud, obtener, a más tardar 18 meses después del cese de la relación laboral, que todos los derechos de pensión que haya adquirido sean transferidos dentro de un Estado miembro o a otro Estado miembro” (art. 6.1). Además, el texto presentado por la Comisión exige de los Estados miembros la adopción de medidas tendentes a evitar que la transferencia cause perjuicios económicos debidos a cálculos divergentes o a unos costes demasiado elevados.

En cuarto lugar, la Comisión considera además que la movilidad puede mejorarse si los trabajadores son (mejor) informados de las consecuencias que entraña para los derechos de pensión complementaria, por ello exige de los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el responsable de gestión del régimen complementario de pensión informe a los trabajadores que lo soliciten en un plazo razonable de los efectos del cese de la relación laboral respecto a sus derechos de pensión (art. 7.1).

Finalmente, la propuesta de Directiva adopta un enfoque flexible en su aplicación, consciente de la diversidad de regímenes complementarios de pensión existentes en los Estados miembros (art. 9). Por ello, aparte de haber previsto un plazo general para la entrada en vigor de la Directiva, en concreto, 1 de julio de 2008 a más tardar (art. 9.1), otorga a los Estados miembros la posibilidad de disponer de un plazo suplementario de 60 meses para la reducción del periodo de carencia a dos años (art. 9.2). Para solicitar este plazo suplementario deberá exponerse la motivación específica que lo justifique. Además, las cajas de apoyo, las empresas que constituyan provisiones en el balance con vistas al pago de una pensión a sus empleados y los regímenes de reparto pueden quedar exentos por un periodo de tiempo ilimitado de la obligación de transferibilidad (art. 9.3). La Comisión debe ser informada de las razones concretas de esta exención. El Estado miembro en cuestión debe comunicar las medidas adoptadas o previstas para garantizar la transferibilidad. También está previsto examinar a más tardar en 2018 si es necesario adoptar nuevas medidas para mejorar la transferibilidad de estos regímenes (art. 10.2).

En general, la valoración que merece la propuesta de la Comisión relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria es positiva por varias razones que se exponen a continuación²¹³⁶. De un lado, las medidas que se formulan en dicho documento van más allá de posibilitar la transferibilidad, ya que se aprovecha la ocasión para, desde un enfoque totalizador, proponer la

²¹³⁶ Cabe estar de acuerdo en este punto con el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria” de 20 de abril de 2006 [COM (2005) 507 final,] que en su apartado 1.1 evalúa positivamente la propuesta, si bien las medidas para la consecución de los objetivos propuestos por la Comisión son objeto de diferente valoración.

reducción de los obstáculos a la movilidad existentes en los regímenes de pensión complementaria. A nuestro juicio, se trata de una orientación correcta, si tenemos en cuenta el ambicioso objetivo de la propuesta consistente en armonizar las legislaciones nacionales para garantizar la libre circulación de personas. Por tanto, tal y como se comentó, la reducción de los obstáculos a la movilidad exige actuar en los tres frentes a los que se refiere el texto de la Comisión, esto es, la adquisición, mantenimiento y transferibilidad de los derechos de pensión complementaria. Es más, resulta bastante atinado el planteamiento de la Comisión de reducir los obstáculos a la movilidad de los trabajadores tanto a nivel transfronterizo como a escala nacional, dado que no tendría demasiado sentido pretender armonizar las disposiciones que regulan la movilidad del primer tipo sin ocuparse de las que regulan la movilidad interior²¹³⁷.

Por otra parte, la propuesta de la Comisión resulta coherente con otros instrumentos jurídicos de la misma índole adoptados con anterioridad destinados también a reducir los obstáculos o las consecuencias negativas de la libre circulación. Así, el Reglamento núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias, aborda el problema de cómo superar los obstáculos en el ámbito de las pensiones, pero deja fuera de su ámbito de aplicación a los regímenes complementarios de pensión. Por ello, resulta de enorme importancia la propuesta, dado que de esta manera se colma el vacío normativo existente en la materia, y, por supuesto, con las dos medidas se atiende mejor el objetivo final de reducir los obstáculos a la movilidad.

En tercer lugar, y de manera general, resultan en todo punto acertadas las propuestas de reducción del período de espera y la edad de acceso a los derechos de pensión complementaria, así como el período de carencia establecido para su adquisición, ya que está contrastado que dichos aspectos pueden influir negativamente en la decisión de cambiar de empleo. Además, habría que destacar el enfoque adoptado por la Comisión respecto a la posible influencia que dichos obstáculos tienen respecto a la competitividad para las empresas que quieran establecerse en otros Estados miembros, ya que los largos períodos de espera y una edad mínima elevada para el acceso a los derechos retienen al personal en otras empresas y, en consecuencia, frenan la movilidad. Igualmente, resulta adecuado el establecimiento de un plazo adicional para aplicar las disposiciones sobre el período de carencia. También las disposiciones previstas en materia de transferibilidad de los derechos merecen una valoración positiva, ya que se

²¹³⁷ Igual opinión mereció este aspecto al Comité Económico y Social en su Dictamen sobre la “Propuesta de Directiva...”, *op. cit.*, (apdo. 4.13).

subraya la necesidad de que la movilización no suponga una penalización para el trabajador que la ejercita.

Junto a esta valoración general de carácter positiva, el texto de la Comisión presenta una serie de puntos críticos que conviene resaltar en este momento. El primero está relacionado con las condiciones de adquisición de los derechos de pensiones. En este punto, cabe señalar que los requisitos de una edad mínima -21 años-, de un período de espera –no más de 1 año- o de un período de carencia –no superior a 2 años- no atiende adecuadamente el objetivo de reducir los obstáculos a la movilidad profesional, dado que tales condiciones suponen dejar fuera un número importante de colectivos, especialmente los jóvenes y los contratados temporalmente²¹³⁸. Y es que la propuesta de Directiva no tiene en cuenta la existencia de trabajadores sometidos a formas precarias de empleo, no estables, los cuáles quedarían excluidos o simplemente no adquirirían una plena y suficiente protección social complementaria.

La segunda de las objeciones tiene que ver con la vaguedad y amplitud con la que ha quedado redactada la propuesta con respecto al mantenimiento de los derechos de pensión latentes. Cabe pensar que dicha medida tendrá escaso poder vinculante para obligar a los Estados miembros a adoptar las medidas pertinentes²¹³⁹. Igualmente, la posibilidad de que los regímenes complementarios de pensión no preserven los derechos adquiridos, sino que recurran a una transferencia o al pago de un capital que represente los derechos adquiridos, siempre que estos no rebasen un límite, parece desconocer el interés que para un trabajador puede tener su mantenimiento en aquél como fuente complementaria de sus ingresos al alcanzar la edad de jubilación, además de actuar como factor desalentador de un cambio de empleo²¹⁴⁰.

En relación a la transferibilidad de los derechos acumulados, se impone una objeción de envergadura al respecto. La misma se circunscribe a la definición que ofrece el art. 3.f) respecto a los trabajadores que van a poder ejercitar el derecho a la movilización de sus derechos acumulados. En concreto, el mencionado precepto parece aludir únicamente a los trabajadores que cambian de empleo por voluntad propia – los que abandonan una relación laboral, según los términos del art. 3.f) -, por lo que

²¹³⁸ Es este un punto que ha merecido la crítica de la Confederación Europea de los Sindicatos en su Memorando sindical dirigido a la Presidencia austríaca de la Unión Europea (Enero-Junio 2006). Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo considera que las disposiciones sobre las condiciones necesarias para la adquisición de estos derechos “deberían centrarse en los principios y ofrecer orientaciones a las medidas nacionales, dejando a los interlocutores sociales un margen suficiente para la negociación colectiva” (apartado 4.4). Para el citado órgano habría que tener en cuenta también “los efectos que la propuesta puede causar en especial en los regímenes complementarios de pensión voluntarios financiados por los empresarios”, ya que la misma puede entrañar un aumento de los costes financieros y poner en peligro la voluntad de mantener en vigor tales regímenes (aptdo. 5.2).

²¹³⁹ Así lo cree el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre la “Propuesta de Directiva...”, *op. cit.*, (aptdo. 5.8).

²¹⁴⁰ Apartado 5.10 del Dictamen sobre la “Propuesta de Directiva...”, *op. cit.*

en consecuencia no podrán transferir sus derechos de pensión aquéllos que cesen en el trabajo por cualquier otra circunstancia (despido, terminación del contrato, etc.)²¹⁴¹. En cualquier caso, cabe pensar que no es esto lo pretendido por la Comisión a tenor de los términos empleados en otros apartados de la propuesta, específicamente en el art. 6.1 donde se emplea la expresión “cese de la relación laboral”. Sea como fuere, lo cierto es que lo más apropiado sería corregir la definición de trabajador saliente a que alude el art. 3.f) a los efectos de poder considerar incluidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 6 a todas las formas de cambio de empleo.

Finalmente, tampoco resulta muy adecuada con el objetivo de la reducción de los obstáculos a la movilidad la exclusión que realiza la propuesta de determinados regímenes complementarios de pensión respecto a la aplicación a éstos de las normas de la transferibilidad. Con esta excepción, la armonización no cumple su finalidad de aproximar las legislaciones nacionales ni, en consecuencia, atiende la necesidad imperiosa de homogeneizar los sistemas complementarios de pensión del segundo pilar, quedando afectado en este punto el principio de libre circulación de los trabajadores.

5. La terminación y liquidación del plan

El análisis de la terminación y liquidación del plan remite a la cuestión de la consideración de los planes de pensiones como verdaderos sistemas de seguridad. La finalización de los mismos exige de un análisis de los efectos que dicha situación tiene en la posición jurídica de los partícipes y beneficiarios y en qué medida quedan salvaguardados sus derechos consolidados y adquiridos. El estudio de esta cuestión exige, por lo demás, diferenciar entre la fase extintiva del mecanismo de previsión, como consecuencia del acaecimiento de alguna o algunas de las causas previstas legal o convencionalmente, y la fase liquidatoria del plan, en la que una vez adoptada la decisión de terminación del plan se procede a integrar los derechos consolidados y económicos de partícipes y beneficiarios, respectivamente, en otro plan.

En lo que respecta a la terminación del plan, resulta obligado referirse a dos cuestiones capitales de este proceso: de un lado, a las causas que pueden dar lugar a la extinción de aquél, las cuáles se encuentran previstas en los arts. 5.4 TRLPFP y 24.1 RFPF; y, de otro, al procedimiento en sí, por el cuál se certifica la terminación del plan, y que se contiene en el art. 32 TRLPFP. Con respecto al primero de los aspectos apuntados, cabe realizar una distinción esencial de partida necesaria para comprender el

²¹⁴¹ Igual preocupación merece este aspecto al Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre la “Propuesta de Directiva...”, *op. cit.*, (Apartado 5.14).

modelo de extinción de los planes previsto legalmente. Y es que el art. 5.4 TRLPFP prevé dos grupos heterogéneos de causas de terminación de los planes de pensiones: un primer grupo, integrado por las causas prefijadas legalmente, aunque susceptible de concreción por la autonomía institucional o, en su caso, colectiva, dado que como señala el art. 6.1.j) TRLPFP los planes deberán precisar las “causas de terminación del plan y normas para su liquidación”; y un segundo grupo, conformado por aquellas causas establecidas por las especificaciones del contrato colectivo de previsión (el plan)²¹⁴². Las primeras, por tanto, se caracterizan por ser causas de Derecho necesario -“los planes de pensiones terminarán”, indica el art. 5.4 TRLPFP- y entre ellas cabe distinguir dos tipos, en función de si las mismas afectan directamente al plan [letras a), b), c) y d)] o a los sujetos constituyentes del mismo [letras e) y f)]²¹⁴³. Las segundas, serán las que las partes interesadas hayan querido señalar en el contrato de previsión [letra g)].

Así, entre el grupo de causas referidas al plan, dos de ellas derivan de un incumplimiento normativo²¹⁴⁴. Nos estamos refiriendo a las letras a) y c) del art. 5.4 TRLPFP en las que se consideran causas de terminación de los planes de pensiones, respectivamente, el dejar de cumplir los principios básicos establecidos en el art. 5.1 TRLPFP y no elaborar planes de saneamiento o financiación habiendo sido requerido para ello según lo dispuesto en el artículo 34 TRLPFP. Por otro lado, otro grupo de causas tienen que ver con el desenvolvimiento anormal del plan²¹⁴⁵, tanto las que se refieren a la comisión de control, en concreto, cuando este órgano se paralice, de modo que resulte imposible su funcionamiento²¹⁴⁶ [letra b) del art. 5.4 TRLPFP], como cuando no se puedan llevar a cabo las variaciones necesarias derivadas de la revisión del plan [letra d) del art. 5.4 TRLPFP] o tampoco se ejecuten en el plazo previsto para ello las medidas de saneamiento y/o de financiación exigidas por la Dirección General de Seguros [letra c) del art. 5.4 TRLPFP]. En lo que respecta a la paralización de la comisión de control, es el art. 24.1.b) RFPFP el encargado de precisar este aspecto, considerando como tal “la imposibilidad manifiesta de adoptar acuerdos imprescindibles para el desarrollo efectivo del plan, de modo que se paralice o imposibilite su funcionamiento”. No estamos, en

²¹⁴² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: “Comentario a los artículos 5 y 6...”, *op. cit.*, p. 267.

²¹⁴³ TAPIA HERMIDA, A.: *Manual de Derecho de Seguros...*, *op. cit.*, p. 313.

²¹⁴⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 678.

²¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 678.

²¹⁴⁶ En este supuesto los reglamentos de planes de pensiones prevén que la entidad gestora correspondiente comunique dicha circunstancia a los partícipes para que procedan en el plazo de quince días o un mes, según los casos, a movilizar sus derechos consolidados al plan de pensiones que ellos elijan [art. 47. letra e) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados del Grupo Fain Ascensores, S.A.* y art. 59. letra e) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Realía Business, S.A.*]

este caso, ante una cuestión baladí, ya que, como se recordará, la proliferación de fórmulas de amplio consenso para la adopción de acuerdos en el seno de la comisión de control puede favorecer la formación de grupos de bloqueo, lo que dificultaría enormemente el funcionamiento de este órgano de supervisión.

El segundo conjunto de causas tiene como protagonistas, por un lado, a partícipes y beneficiarios y, por otro, a la entidad o entidades promotora/s. Con respecto al primer supuesto, un plan podrá finalizar como consecuencia de quedarse sin partícipes ni beneficiarios en el plazo de un año [letra e) del art. 5.4 TRLFPF]. Estamos ante una situación en la cual habrá que tener en cuenta lo que desde las especificaciones de los planes de pensiones se viene estableciendo, como es que la extinción del plan se producirá por inexistencia de partícipes y de beneficiarios cuando éste carezca de los mismos y no se produzcan nuevas adhesiones transcurrido un año desde el pago de la última prestación. Asimismo, para la válida finalización del plan será preciso que se mantengan garantizados los derechos de los partícipes en suspenso, si los hubiere²¹⁴⁷ o, en todo caso, que se transfieran a otro plan de pensiones²¹⁴⁸. En cualquier caso, hay que matizar que la ausencia de partícipes y beneficiarios en los planes del sistema de empleo resulta poco propicia, si tenemos en cuenta la naturaleza laboral de esta modalidad, más bien habrá que pensar que se trata de una situación de más fácil encaje entre los planes asociados y, sobre todo, individuales²¹⁴⁹.

Por otro lado, la letra f) del art. 5.4 TRLFPF hace referencia al supuesto de terminación del plan que tiene su origen en la disolución del promotor del plan de pensiones, exceptuando, salvo acuerdo en contrario, los casos de fusión o cesión global del patrimonio, subrogándose la entidad resultante o cesionaria en la condición de promotor. Estamos, por tanto, ante una situación que remite a lo comentado más arriba y de forma más extensa con ocasión del tratamiento del principio sucesorio “ex lege” previsto en la normativa laboral en materia de transmisión de la empresa (artículo 44 ET) en relación con la ordenación normativa más flexible

²¹⁴⁷ Así se reconoce en el art. 37.1.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Trabajadores del Ente Público Radiotelevisión Española* (Abril 2000), así como en el art. 38.1.b) del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica* (Octubre 2000).

²¹⁴⁸ Art. 42.1.c) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)*. De esto último da cuenta la STSJ Comunidad Valenciana 26 Febrero 2002 (AS 2002, 804) en la que se destacan los siguientes extremos: 1º que el antiguo Plan de Pensiones Iberdrola II era un plan de prestación definida (fundamento jurídico 4º y art. 3 del reglamento del Plan de Pensiones de Iberdrola II), mientras que el nuevo Plan de Pensiones de Iberdrola tiene carácter de Plan de aportación definida (estipulación adicional 2ª del I convenio colectivo de Iberdrola Grupo [1998]); 2º que el Plan de Pensiones Iberdrola II se extinguió por cese en el mismo de la práctica totalidad de los empleados partícipes en el mismo, que optaron por la incorporación al nuevo Plan de Pensiones de Iberdrola.

²¹⁴⁹ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, op. cit., p. 679.

contenida en el art. 5.4 TRLPFP, el cuál, como se recordará, hace primar (a diferencia de la de general aplicación *ex art. 44 ET*, que establece una regulación de derecho necesario estricto imponiendo una solución directa inatacable) la voluntad negocial de las partes implicadas.

Por último, nos referíamos al principio a un segundo grupo de causas de terminación del plan, a saber, las establecidas en sus especificaciones [letra g) del art. 5.4 TRLPFP]. Pues bien, en este caso, y a tenor de lo establecido por el art. 6.1.j) TRLPFP, corresponde a los sujetos constituyentes del plan precisar las mismas e incorporarlas al contrato colectivo de previsión. Ello se traduce en la posibilidad de agregar otro tipo de supuestos extintivos no necesariamente previstos en la normativa. En este sentido, y en lo que respecta a la experiencia negociadora, lo más habitual entre los reglamentos de planes de pensiones es considerar como causa específica de extinción del plan el acuerdo en tal sentido de la comisión de control, de la negociación colectiva o de ambos. Con respecto a la primera situación, lo más frecuente será que las especificaciones del plan encomienden a la citada comisión la decisión de poner fin al plan mediante el sistema de mayorías reforzadas²¹⁵⁰. En la segunda, los planes de pensiones presentan una mayor disparidad, de manera que la terminación del plan se puede producir por decisión adoptada por la unanimidad de los miembros de la comisión de control²¹⁵¹, o bien por acuerdo de este órgano ratificado por el promotor y al menos las tres cuartas partes de la totalidad de partícipes y beneficiarios²¹⁵². Sin embargo, en otros planes, podemos encontrar soluciones que pasan necesariamente por una intervención de la autonomía colectiva²¹⁵³. En todo caso, conviene

²¹⁵⁰ Así, el art. 37.d) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Sistema de Empleo)* exige para la terminación del plan de un voto favorable de la mayoría cualificada del 80 por 100 de los miembros de la misma. También exigen mayorías cualificadas, el art. 28.3 del *Reglamento del Plan de Pensiones de los Empleados de Tubos del Mediterráneo, S.A.*; el art. 53.3 de las *Especificaciones del Plan de Pensiones Central Nuclear Vandellós, A.I.E.*; art. 43 del *Reglamento del Plan de Pensiones Servicios de la Comarca de Pamplona* (30 Junio 1999) y art. 37.1 del *Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica Servicios Móviles, S.A.* (12 Diciembre 1996).

²¹⁵¹ Art. 52.b) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones de los Empleados de Alcatel España, S.A.* (1 Enero 2001). Esto obliga a recordar las dudas que suscita la posible admisión de tal criterio dado que el art. 7.2 TRLPFP habla de mayorías. Incluso, podemos encontrar reglamentos que junto a este acuerdo unánime de la comisión de control exigen una ratificación de tal decisión mediante referéndum por la mayoría de los partícipes y beneficiarios [art. 25.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Casbega, S.A.*; art. 27.d) del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de General Óptica* y art. 51.d) de las *Especificaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo Canal de Isabel II*].

²¹⁵² Art. 48.1.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja Insular de Ahorros de Canarias* y art. 46.1.a) de los *Reglamentos del Plan de Pensiones de Empleados de la Caja de Ahorros de Asturias (Pecajastur)* y de la *Caja de Ahorros del Mediterráneo*.

²¹⁵³ Esta intervención de la autonomía colectiva puede ser previa a la de la comisión de control consistiendo en un acuerdo por escrito entre la entidad promotora y los representantes legales en el marco de la negociación colectiva de eficacia general [art. 71.1.h) del *Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de empleo de Altadis, S.A.*; art. 48.d) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.*; art. 52.f) del *Reglamento del Plan de Pensiones de Térmicas del Besós*; art. 39.g) del *Reglamento del Plan de Pensiones Deutsche Bank, S.A.E.* y art. 49.e) del

precisar que se está aludiendo a la acción colectiva estatutaria, de eficacia general, ya que si el acuerdo alcanzado es el resultado de un pacto de naturaleza extraestatutaria, de eficacia limitada, se haría necesario el sometimiento del mismo a los partícipes no vinculados por ella²¹⁵⁴.

La intervención de la negociación colectiva en la terminación del plan vuelve a remitir al grado de vinculación/subordinación de aquél con respecto a la primera, lo que exige volver a insistir en la variabilidad de las opciones de política-jurídica en orden a la determinación del papel a desempeñar por la autonomía colectiva en la efectiva ordenación del plan, desde aquella cuya intención es condicionar en todo lo posible la propia dinámica del plan, hasta aquella en la que se persigue la autonomización por completo de los planes respecto de la negociación colectiva de origen. Por ello, también en lo que a la terminación del plan se refiere habrá que acudir al modo de regulación específica de esta materia en el contrato-plan constituyente, cuyo contenido en la modalidad del sistema de empleo puede estar prefigurado por la negociación colectiva instituyente²¹⁵⁵. Ello comporta que la intervención de la autonomía colectiva se prolongará a lo largo del ciclo vital del plan (incluida, por tanto, la supresión del mismo) y tendrá la intensidad que las propias partes decidan en el ámbito del convenio o acuerdo colectivo, respetando, en su caso, el marco institucional propio de sistema legal de los planes. Por tanto, cualquier posibilidad será válida si así queda reflejado en las especificaciones del plan y se respetan las disposiciones normativas.

Por lo demás, la terminación del plan debe ajustarse al procedimiento previsto en el art. 32 TRLPFP, el cuál distingue dos cauces a estos efectos²¹⁵⁶: el primero, de carácter voluntario, en el que se requerirá el acuerdo de la comisión de control del plan, la cual deberá celebrar la correspondiente reunión en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de extinción, con la posibilidad de que cualquier partícipe pueda solicitar la citada reunión si a su juicio existe causa legítima para ello (art. 32.1, párrafo 1º TRLPFP)²¹⁵⁷; el segundo, de carácter forzoso, conlleva la

Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Empleo de la Universidad de Cádiz]. También, esta intervención puede ser posterior al acuerdo adoptado por la comisión de control [art. 49 del *Reglamento del Plan de Pensiones de Empleo del Excmo Ayuntamiento de Picassent*; art. 49.1.a) del *Reglamento del Plan de Pensiones del Personal de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja* y art. 63.1.b) de las *Especificaciones del Monte Empleados Plan de Pensiones*].

²¹⁵⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*, p. 688.

²¹⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: “Comentario a los artículos 5 y 6...””, *op. cit.*, p. 257.

²¹⁵⁶ Se sigue aquí la diferenciación propuesta por TAPIA HERMIDA entre un procedimiento voluntario y otro de terminación forzosa o administrativa (*Manual de Derecho de Seguros...*, *op. cit.*, p. 314).

²¹⁵⁷ De no existir acuerdo al respecto o fuera de signo contrario y concurrir una causa legal de terminación del plan, el párrafo 2º del art. 32.1 TRLPFP exige, en todo caso, que la comisión de control solicite la terminación (el precepto habla impropiaemente de disolución) administrativa en el plazo de diez días naturales a contar desde la fecha en que debió celebrarse la reunión o desde el día en que efectivamente se llevó a cabo.

intervención del Ministerio de Economía, lo que se producirá como consecuencia del acaecimiento de alguna causa legal de terminación y, además, por cualesquiera de los siguientes motivos: o bien porque así se haya solicitado por la comisión de control del plan o bien porque se hayan incumplido las obligaciones establecidas para la terminación voluntaria (art. 32.2 TRLPFP). En definitiva, de concurrir una causa legal de terminación ésta tiene que producirse mediante la terminación administrativa, haya o no acuerdo de la comisión de control del plan²¹⁵⁸.

La terminación del plan exige iniciar un procedimiento de liquidación que se regirá por lo dispuesto en las especificaciones de los planes de pensiones²¹⁵⁹. En todo caso, como indica el último párrafo del art. 5.4 TRLPFP los planes deberán respetar la garantía individualizada de las prestaciones causadas y prever la integración de los derechos consolidados de los partícipes y, en su caso, de los derechos derivados de las prestaciones causadas que permanezcan en el plan, en otros planes de pensiones. Precisamente, la incorporación de los derechos económicos de los partícipes deberá hacerse necesariamente en el plan o planes del sistema de empleo en los que los partícipes puedan ostentar tal condición. En este último caso, se plantea el problema de qué hacer cuando los partícipes no

²¹⁵⁸ ARANA GARCÍA, E.: “Comentario al artículo 32 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido...*, op. cit., p. 618. Como indica este autor, el problema surge cuando el órgano de supervisión del plan no interprete que se está ante un supuesto de causa legal de finalización. En ese caso, “sólo será posible su acuerdo cuando la Administración competente mediante el ejercicio de las potestades legalmente atribuidas realice las oportunas inspecciones y detecte la presencia de alguna o algunas de las causas legales de terminación” (*Ibidem*, p. 618).

²¹⁵⁹ Sirvan de ejemplo ilustrativo las normas previstas en el art. 64 de las *Especificaciones del Monte Empleados Plan de Pensiones* (8 Abril 2005) para la liquidación definitiva del plan: a) se considerará como fecha de terminación del Plan de Pensiones la misma en que la Comisión de Control, en sesión al efecto, decida la terminación del Plan; b) la Comisión de Control comunicará la terminación del Plan a todos los partícipes y beneficiarios de forma inmediata; c) desde la fecha de la comunicación anterior hasta la liquidación definitiva del Plan deberá transcurrir un período mínimo de seis meses; d) durante el período de seis meses posterior a la fecha de la comunicación anterior, los partícipes deberán comunicar a la Comisión de Control el Plan del sistema de Empleo en que los partícipes puedan ostentar tal condición o, en su defecto, el Plan o Planes que cada uno determine, a fin de trasladar a los mismos sus derechos consolidados; e) durante el mismo período, los beneficiarios deberán comunicar a la Comisión de Control del Plan: si desean cobrar en forma de capital el importe total de sus derechos consolidados o si, alternativamente, desean trasladar dicho importe a otro Plan de Pensiones que les garantice individualmente el cobro de sus prestaciones ya causadas. En este caso, deberán indicar a qué Plan hay que trasladar sus provisiones y reservas; f) tendrán la consideración de beneficiarios todos aquellos que justifiquen un hecho causante de contingencia cubierta por el Plan anterior a la fecha de terminación; g) si llegada la fecha de liquidación del Plan, algún Partícipe o Beneficiario no hubiera comunicado a la Comisión de Control lo indicado en los anteriores apartados d) y e), se procederá al traslado de sus derechos consolidados, provisiones y reservas a otro Plan de Pensiones que haya sido seleccionado por la Comisión de Control; h) una vez trasladados los derechos consolidados, provisiones y reservas de todos los partícipes y beneficiarios, la Comisión de Control del Plan comunicará a la Entidad Gestora del Fondo al que estaba adscrito la liquidación total del Plan. Finalmente, la Comisión de Control del Plan procederá a su disolución. No obstante, con carácter previo a lo indicado con anterioridad, se dispondrá por la Comisión de Control de una reserva a detracer del valor patrimonial de la cuenta de posición para hacer frente a los gastos que se produzcan en el proceso de liquidación. El sobrante, si existiese, se prorrateará entre Partícipes en proporción a las cuantías de sus Derechos Consolidados.

pueden integrar sus derechos consolidados en otro plan de pensiones de la modalidad de empleo, especialmente cuando no reúnen el requisito de antigüedad para poder adherirse a él. La respuesta nos la da el art. 24.2, párrafo 1º *in fine* RPPF que posibilita la opción de la movilización de los derechos en planes del sistema asociado o individual cuando no sea posible la incorporación del partícipe a un plan del sistema de empleo.

Finalmente, hay que referirse de forma breve a la terminación de los planes de promoción conjunta. En primer lugar, cabe decir que los mismos finalizarán por las causas establecidas legal y reglamentariamente para cualquier plan de pensiones, siéndoles de aplicación las normas sobre liquidación de planes y terminación administrativa (art. 44.1, párrafo 1º RPPF). Igualmente, dicha liquidación se ajustará a lo previsto en las especificaciones, debiendo respetar la garantía de las prestaciones causadas y proceder a la integración de los consolidados de los partícipes en los planes correspondientes, ya sea de empleo, de ostentar tal condición, o, en su defecto, los que designen aquéllos (art. 44.1, párrafos 2º y 3º RPPF). En segundo lugar, cuando algunas de las causas de terminación del plan afecte exclusivamente a una de las entidades promotoras del plan y su colectivo, la comisión de control del plan acordará la baja de la entidad promotora en el plan de promoción conjunta en el plazo de dos meses desde que se ponga de manifiesto dicha causa (art. 44.2 RPPF). En tal caso, la baja implicará necesariamente el traslado de los derechos consolidados de sus partícipes y, en su caso, los derechos adquiridos de los beneficiarios a otros planes. De no ser posible dicho traslado, por no poseer aquéllos la condición de partícipe de un plan de empleo, caben dos posibilidades: primera, que se integren los derechos consolidados en el plan que aquéllos designen y, segunda, que se opte, si así se prevé en las especificaciones, por la permanencia como partícipes en suspenso en el plan de promoción conjunta (art. 44.2 RPPF).

CONCLUSIONES

Tras el análisis de cada una de las implicaciones socio-laborales de los planes de pensiones del sistema empleo, así como de aquellas otras cuestiones con una incidencia mucho más relativa en el ámbito del Derecho social, pero no menos importantes para comprender globalmente el modelo de regulación de aquéllos, resulta obligado llevar a cabo una recapitulación sobre las ideas centrales que hemos manejado en el curso de este estudio, así como sobre los razonamientos que, con mejor o peor fortuna, sustentan el eje argumental del análisis de este mecanismo de previsión y de su sistema jurídico-social de ordenación:

PRIMERA

La crisis de los sistemas públicos de pensiones como fundamento de la expansión de los mecanismos privados de previsión (entre ellos, los planes de pensiones)

La proliferación de los instrumentos de previsión netamente privados, entre los cuáles, cabe situar a los planes de pensiones en general, trae causa de un fenómeno mucho más amplio y demasiado conocido a estas alturas, como es el de la reestructuración de los Estados de bienestar. Pese a la existencia desde antiguo de una combinación de formas públicas y privadas de protección frente al riesgo, la inseguridad y la necesidad, lo cierto es que a partir de los años 80, y como consecuencia de la nueva fase que emprende el sistema capitalista, el Estado suelta lastre en favor de los mecanismos del mercado. Este adelgazamiento del Estado se traslada también a los sistemas de pensiones, los cuáles como es lógico van a reservar un papel más activo a la iniciativa privada en el otorgamiento de seguridad a los ciudadanos. La política social se convierte en una pesada carga para el Estado, lo que favorece que desde diferentes sectores se postule la reforma de los sistemas públicos de pensiones, o cuando no el desmantelamiento de los mismos. Se aboga por dar una respuesta a la crisis económica adoptando un conjunto de políticas de ajuste basadas en el control de los salarios, en la flexibilización de las relaciones laborales y, junto a ello, en el establecimiento de condiciones generales más favorables para incrementar la tasa de acumulación de capital y favorecer una internacionalización de la economía. Ello conlleva inevitablemente un cambio de signo en la política intervencionista del Estado que lejos de recuperar el equilibrio armónico entre las condiciones de acumulación del capital y el mantenimiento de la paz social proporcionando un nivel mínimo de seguridad vital a todos los ciudadanos, se decanta por hacer

suyas las recetas de determinados organismos económicos internacionales que propugnan el retroceso de aquél en favor de los mecanismos del mercado. En general, se defiende que la obtención de recursos para facilitar la recuperación del beneficio privado debe provenir, por un lado, de los salarios, después, y una vez exprimida la fuente salarial, del gasto social en general y, por último, directamente de los fondos públicos para pensiones. En definitiva, esta opción reestructuradora de los sistemas de pensiones públicos que nace sobre la base de los postulados reformistas del Estado Social va acompañada de un mayor protagonismo de los instrumentos privados de la previsión. Es sobre la base de la crisis de la Seguridad Social sobre la que asienta el fomento de la previsión social voluntaria de corte privatista.

SEGUNDA

El retroceso en el ideal de cobertura del sistema público de pensiones como condicionante decisivo de la delimitación del espacio social a ocupar por las pensiones privadas

La Constitución al no establecer una pauta clara en el camino a seguir para la consolidación de un concreto e indubitado modelo de Seguridad Social va a favorecer una tensión continua entre las distintas formas de protección social, desde la Seguridad mínima, básica y obligatoria y desde la que ofrezcan los sistemas privados o externos al régimen público. Ello tiene una consecuencia evidente, y es que si los desarrollos legislativos posteriores a la Constitución otorgan prestaciones suficientes, la acción de los sistemas privados quedará limitada a colectivos muy reducidos; sin embargo, si la protección que dispense el régimen público es insatisfactoria, los sistemas voluntarios se extenderán tratando de ocupar el vacío dejado por esa Seguridad Social básica. La intercambiabilidad o interacción entre los sistemas de pensiones públicos o privados es manifiesta dado que las insuficiencias de la Seguridad Social, en términos de lo que los ciudadanos estiman como deseable de sus derechos de pensión, no pueden más que suponer una retracción, un repliegue del régimen público obligatorio, favoreciendo de este modo el que se acuda al mercado previsional a completar el optimum de cobertura no satisfecho por el servicio público, imperfecto y en situación financiera crítica. En este sentido, las reformas emprendidas desde la aprobación de la Constitución se sitúan en la línea de estimular la acción de los mecanismos privados, no sólo, como se verá, por la abierta promoción de fórmulas libres de aseguramiento, sino, y muy especialmente, por la adopción de medidas

legislativas que revisan todo el aparato protector del sistema público de la Seguridad Social.

TERCERA

Los planes y fondos de pensiones como la consagración del sistema mixto de pensiones, público y privado.

El legislador ordinario ha identificado la expresión “libres” del art. 41 CE con la privaticidad de los regímenes complementarios desarrollando, en consecuencia, fórmulas de previsión privadas, como es el caso singular de los sistemas privados de pensiones. De esta forma, los poderes públicos han renunciado a desarrollar un régimen de prestaciones complementarias en el seno del sistema público de protección social. Muy al contrario, la previsión constitucional se ha desarrollado en el sentido de instaurar mecanismos de previsión no sólo voluntarios, sino estrictamente privados y en cuanto tales externos al régimen público de la Seguridad Social. En este sentido, los poderes públicos asumen el papel de instaurar una legislación impulsora de instrumentos de previsión voluntarios para que sea la iniciativa privada la que los ponga en funcionamiento. No solo los desarrollos legislativos han contribuido a afianzar una lectura privatista del último apartado del artículo 41, también el Tribunal Constitucional, en concreto en la sentencia 206/1997, ha venido a admitir que aún cuando los planes y fondos de pensiones formen parte del ámbito de la protección social, la “noción de Seguridad Social no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad”. Así, el Estado ha escogido una opción político-organizativa consistente en renunciar a instaurar técnicas públicas de previsión de carácter complementario o no, sin dejar de ser libres –lo serían porque los individuos podrían adherirse o no a ellas- de manera que pudiera tutelar él mismo la coordinación de estas prestaciones complementarias con el nivel básico. Muy al contrario, los poderes públicos sueltan lastre protector a favor de la autonomía privada, impulsando una legislación que favorece la instauración de sistemas de protección social voluntaria externos al sistema de la Seguridad Social. De este modo, se viene a consagrar un sistema mixto de pensiones, con dos componentes constitutivos, público y privado. En efecto, el sistema global de protección social se caracteriza ya hoy por tener dos ámbitos netamente diferenciados: el sistema público y el sistema privado, de modo que el primero se identificaría con la Seguridad Social más la Asistencia Social y Servicios Sociales y el segundo con la protección social voluntaria, integrada por las diferentes formas de Seguridad Social complementaria,

pero especialmente por el sistema integrado de planes y fondos de pensiones. Ambos sistemas encuentran su razón de ser en la garantía constitucional contenida en el art. 41 CE, el cual distingue los dos bloques de protección dotándolos de autonomía. Asimismo, los desarrollos legislativos y la reiterada doctrina constitucional –SSTC 103/1983, 121/1983, 65/1987, 134/1987, 208/1988 y 206/1997- han terminado por favorecer aún más la consolidación de un modelo normativo de protección social plural, con dos pilares de protección claramente diferenciados: a) un sistema público, de titularidad estatal, mínimo, obligatorio, suficiente y de carácter mixto, al otorgar prestaciones contributivas y asistenciales; y b) un régimen voluntario de protección, de carácter complementario o suplementario y netamente privado.

CUARTA

El protagonismo de los planes de pensiones, y en especial de los de empleo, es fruto de un intervencionismo legal de apoyo y respaldo a dichos instrumentos

En el fomento de ese modelo de previsión social han jugado un papel fundamental los poderes públicos, específicamente a través de un intervencionismo legal de carácter promocional o de alentamiento político institucional. Por tanto, la legislación pública ha intervenido decididamente en la determinación de los espacios encomendados a la previsión privada. Y lo ha hecho a través de una opción de política legislativa basada en tres aspectos fundamentales: el primero, consistente en obligar a las empresas a exteriorizar sus compromisos por pensiones, eliminando, de este modo, el principal inconveniente que ofrecían las mejoras voluntarias instauradas en las empresas, dado que su reconocimiento no suponía garantía alguna de su cobro; en segundo lugar, a través del tratamiento fiscal privilegiado de que han gozado el conjunto de las modalidades de previsión voluntaria, especialmente los planes y fondos de pensiones; y, más recientemente, por medio del impulso dado a la negociación colectiva como fuente principal de implantación de los derechos de previsión social complementaria, reforzando los vínculos de aquélla con los instrumentos existentes para canalizar estos compromisos, especialmente los referidos a los planes del sistema de empleo. Finalmente, la consolidación del actual modelo de previsión social voluntaria ha tenido el impulso de un conjunto de intervenciones normativas más recientes que han terminado de perfilar los tres pilares institucionales básicos del citado modelo. Un sistema pluralista de tres niveles, estructurados todos ellos con arreglo a una lógica contractual privada, pero con un mayor protagonismo de los planes y

fondos de pensiones. Además, la conformación final del modelo actual de los regímenes complementarios, en su vertiente contractual y privada, es fruto de la influencia que ha ejercido el ordenamiento comunitario a través de los instrumentos jurídicos adoptados en tal sentido desde las instituciones europeas. De hecho, las políticas comunitarias de aliento y promoción de los mecanismos privados de pensiones, al igual que los procesos de reforma emprendidos en cada uno de los Estados miembros, parten de un análisis global similar de los desafíos a los que se enfrentan los sistemas públicos de protección social en el seno de la Unión Europea, proponiendo, entre otras medidas, la implantación de sistemas complementarios de corte privatista. Del mismo modo que en España el Pacto de Toledo sugería que se fomentaran los mecanismos privados de protección con el objetivo de paliar los problemas futuros de financiación de la Seguridad Social –muy especialmente, a causa de los consabidos determinismos demográfico y económico- también en el marco europeo el “Libro Verde de la Comisión sobre los sistemas complementarios de pensiones” apostaba porque los Estados miembros crearan de manera gradual condiciones más propicias para el desarrollo de regímenes complementarios privados mediante capitalización, como forma de atenuar las repercusiones de la evolución demográfica en las pensiones públicas.

QUINTA

Los planes de pensiones forman parte del ámbito de la protección social voluntaria pero no son mejoras voluntarias y no tienen la naturaleza de Seguridad Social complementaria o voluntaria

La protección social voluntaria se caracteriza por la variedad de los instrumentos que forman parte de la misma. Así, junto a los planes y fondos de pensiones aparecen una serie de instituciones que siguen teniendo vigencia como mecanismos que ofrecen una protección adicional al sistema público de Seguridad Social y que tienen un carácter voluntario en cuanto a su constitución. Las mejoras voluntarias, las Mutualidades de previsión social y los seguros de vida son instrumentos típicos de previsión constituidos por el impulso de la iniciativa privada frente al carácter público, obligatorio, mínimo y suficiente del sistema de Seguridad Social. De modo que estas cuatro figuras jurídicas –Planes y Fondos de pensiones, Mejoras Voluntarias, Mutualidades de Previsión Social y seguros colectivos de vida- participarían de las notas que caracterizan el ámbito de la protección social voluntaria: estaríamos, por tanto, ante mecanismos que, al contrario que la Seguridad Social, tienen un carácter voluntario tanto en lo que a la implantación de dichos mecanismos se refiere, como en los

distintos modos de acceso a los mismos; su gestión es normalmente de carácter privado, y ello pese a que la garantía constitucional de libertad en el campo de las prestaciones complementarias contenida en el último inciso del art. 41 CE no impide una intervención de los poderes públicos en tal sentido; y, por último, las prestaciones que otorga el sistema de previsión voluntario obedecen, generalmente, a una lógica contractual-privada, y tienen como finalidad ofrecer una protección adicional a la garantizada suficientemente por el sistema público. Siendo esto así, y pese a que se trata de instrumentos que atienden, normalmente, a un objetivo general común, cuál es el de erigirse en técnicas de protección social complementarias –que no sustitutivas ni alternativas- de las prestaciones que dispensa el sistema público de Seguridad Social, todas ellas guardan diferencias notables entre sí. En lo aquí interesa se ha insistido suficientemente sobre la diferenciación que en la actualidad cabe hacer entre los planes de pensiones y las mejoras voluntarias. Al imponer el legislador la obligación de externalizar los compromisos por pensiones de las contingencias previstas en el art. 8.6 TRLPFP a través de las figuras de los planes de pensiones y contratos de seguro, no sólo estaba determinando una forma de gestión al modo cómo antes se entendía al amparo del art. 193 TRLGSS, sino que con ello se ha pretendido transformar las mejoras que instrumentaban este tipo de pensiones en prestaciones de naturaleza estrictamente privada. La existencia hoy de una regulación jurídica unitaria y autosuficiente de estos instrumentos a partir de la aprobación de la LOSSP (Ley 30/1995) hace incompatible el régimen jurídico actual de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social con el correspondiente a los distintos mecanismos que sirven para instrumentar compromisos por pensiones (planes de pensiones, contratos de seguro y mutualidades de previsión social).

SEXTA

Los planes y fondos de pensiones constituyen un sistema integrado y único de previsión social

Aún cuando ambas figuras (plan y fondo) tengan una naturaleza jurídica diversa y en ellas actúen sujetos diferentes, lo cierto es que el legislador ha querido conformar a través de ellas un único esquema institucional de previsión. En la propia normativa reguladora de esta institución hay una clara intención de presentar a ésta como una figura jurídica singular y única, con entidad propia, distinta de las partes –estructura orgánica- que la conforma. Por tanto, el régimen jurídico aplicable a los planes y fondos de pensiones parte de la idea de que el

conjunto de las diferentes instituciones que intervienen en la función de previsión que representa el sistema de planes pertenecen a un modelo unitario. Así, plan y fondo son dos subsistemas pertenecientes a un único sistema jurídico, el cuál constituye una unidad inescindible en su funcionamiento jurídico. Tres razones avalarían esta tesis: la primera, porque estaríamos ante dos institutos jurídicos necesariamente interdependientes y, por tanto, conectados instrumental y teleológicamente; la segunda, porque su vinculación se ordena en base a una doble relación de integración y subordinación; y, la tercera, por la existencia de una maraña de entidades y sujetos intervinientes en el esquema de funcionamiento del sistema que resulta fácilmente reconducible a alguno de los dos subsistemas – plan o fondo- de este modelo integrado.

SÉPTIMA

El plan de pensiones es un contrato de nuevo cuño caracterizado por su configuración como institución de previsión social, de carácter voluntario y libre, naturaleza jurídico-privada y su carácter complementario o no de la Seguridad Social, pero nunca sustitutiva del régimen público de protección.

El plan de pensiones es un contrato de nuevo cuño, típico y nominado, que surge con el propósito declarado de corregir la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una institución dedicada a instrumentar una modalidad singular de ahorro finalista. Por tanto, la novedad de este instrumento de previsión de carácter colectivo no estriba en el hecho de actuar sobre un espacio específico y diferenciado con respecto a otro tipo de instituciones que guardan con aquél similares características, sino más bien en la instauración, por la vía de una regulación propia y autosuficiente, de un mecanismo contractual innovador en su conformación jurídica. De su sistema normativo de ordenación podemos obtener los rasgos técnicos que configuran esta figura, que no son otros que los de su carácter de institución de previsión social privada, voluntaria o facultativa, contractual y complementaria o no del régimen público de Seguridad Social. Son características que se señalan expresamente en el modelo legal, ya que como se indica, “constituidos voluntariamente (los planes de pensiones) sus prestaciones no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas” (art. 1.2 TRLPFP y párrafo 2º del art. 2.1 RFPF). Por tanto, los caracteres técnico-jurídicos de los planes privados de pensiones son: su configuración como instituciones de previsión social, de carácter voluntario y libre, naturaleza jurídico-

privada y su carácter complementario o no de la Seguridad Social, pero nunca sustitutivos del régimen público de protección. Junto a estas características básicas, cabe señalar otras que se desprenden del régimen jurídico aplicable a estas instituciones. Así, el sometimiento a unos principios informadores esenciales –no discriminación, integración obligatoria, la irrevocabilidad de las aportaciones, la atribución de derechos y la capitalización como único sistema financiero actuarial admisible-, la limitación de carácter anual de aportaciones a realizar al plan, la regla general de la iliquidez de los derechos económicos consolidados de los partícipes, la existencia obligatoria de una comisión de control encargada de la supervisión del plan, la titularidad de los recursos patrimoniales afectos al plan por parte de los partícipes, la delimitación cerrada de la lista de contingencias pensionables por el plan y, por último, un régimen de control e intervención administrativa que tiene como objetivo asegurar un adecuado desenvolvimiento del plan y evitar situaciones de insolvencia que pudieran amenazar el cobro efectivo de sus prestaciones (Exposición de Motivos de la originaria LPFP). Ahora bien, mientras los caracteres apuntados en primer lugar –técnica de previsión, voluntariedad, privacidad, complementariedad y/o suplementariedad- conformarían el esquema básico y esencial de este mecanismo de protección, o lo que es lo mismo, su identificación institucional, el resto de rasgos caracterizadores simplemente se añaden como adjetivos a lo sustancial que es su caracterización como institución de previsión social de carácter voluntario y libre, de naturaleza privada y complementaria o autónoma del régimen público de Seguridad Social. Son, en definitiva, sus contornos precisos, sus caracteres esenciales, los que, a la postre, sirven para identificar a la institución como tal.

OCTAVA

Los planes de pensiones del sistema de empleo tienen un papel nuclear dentro del ámbito de las pensiones privadas

Se ha puesto de manifiesto la existencia de tres factores que están incidiendo en la potenciación de los planes del sistema de empleo: de un lado, el protagonismo que estos instrumentos de previsión empresarial ya tenían en el marco europeo, pero ahora con una clara reorientación de estos instrumentos hacia las fórmulas de capitalización individual, en paralelo con el mayor intervencionismo de las autoridades comunitarias en el proceso de armonización gradual de las pensiones privadas de base empresarial; de otro, la opción legal claramente manifestada en los últimos tiempos por dar preferencia al desarrollo de la previsión social complementaria en el marco empresarial, con una clara apuesta por la

sustitución de las formas primitivas de instrumentación de los complementos de pensiones por los planes; y, por último, el propio contexto de flexibilización de las relaciones laborales y potenciación de la autonomía colectiva e individual en el contexto empresarial.

NOVENA

La tendencia expansiva del campo de aplicación de los planes de pensiones del sistema de empleo

Todo el proceso de reforma de los planes de pensiones ha estado animado por el afán del legislador por fomentar y facilitar el acceso de los individuos a estos instrumentos, señaladamente en el caso de los del sistema de empleo donde se estaba detectando una participación escasa, por lo que fue necesario ampliar el campo de aplicación de estos planes, cuando no alterarlo directamente, para de esta forma dar cabida a un mayor número de sujetos participantes. El resultado de este proceso es el de una evidente ampliación de los sujetos que pueden ostentar la condición de promotores y partícipes, y ello pese a que inicialmente la intención del legislador fue la de configurar un ámbito subjetivo lo suficientemente abierto, vago e impreciso, como lo demuestran los términos utilizados para designar al promotor de los planes del sistema de empleo -“cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa”-. Sin embargo, la enumeración tan amplia de entidades promotoras e, incluso, de partícipes, a través del término de “empleados”, que la LPFP (Ley 8/1987) había previsto no sirvió para resolver los problemas interpretativos que se empezaron a suscitar como consecuencia de la inexistencia de apoyos legales, cuando no de preceptos restrictivos, que imposibilitaban un desarrollo adecuado de estos planes en determinados ámbitos. Se destacan, en este sentido, las reformas jurídicas que han incidido en la superación del marco empresarial como único ámbito de aplicación de los planes del sistema de empleo y respecto de una eventual implantación de éstos en el marco de las Administraciones Públicas.

DÉCIMA

La importancia del principio de no discriminación en los planes del sistema de empleo: el requisito de la antigüedad

Hay que considerar como enormemente positivo el que desde la regulación legal se prohibiera la creación de planes de pensiones que tuvieran como único objetivo atender las necesidades de previsión de grupos concretos de empleados. La regla por la cuál el plan debe afectar de modo general a la totalidad de los empleados, evitando una eventual segregación de colectivos, resulta cuanto menos una solución satisfactoria dado que con ello se intenta erradicar anteriores sistemas de protección pensados para grupos homogéneos de trabajadores, entre ellos el personal directivo o técnico. Lo mismo cabe decir con respecto a la dirección flexibilizadora adoptada a través del RPPF. La menor rigidez con que se contempla el requisito de la antigüedad como condición de acceso al plan y las reglas de cómputo de la misma resultan claramente favorecedoras de una mayor extensión subjetiva de estos instrumentos de previsión de carácter privado. Pero, por otro lado, sigue siendo especialmente negativo el mantenimiento en la normativa reguladora de los planes de pensiones del sistema de empleo de un período de permanencia previa en la empresa promotora a efectos de la integración del partícipe en el plan, y ello aún cuando el apartado 1º del art. 5.1.a) TRLPPF deje en manos de las partes negociadoras del plan el establecimiento de algún tipo de período de espera antes de que el empleado pueda adquirir la condición de partícipe. Precisamente, este criterio temporal debe ponerse entredicho a través del análisis de las implicaciones que tiene en el marco del principio de no discriminación. Sigue pensando el legislador que la exclusión por razón de una escasa antigüedad no es en sí misma discriminatoria siempre que sea inferior a dos años, desconociendo dos aspectos que han sido objeto de desarrollo en nuestro trabajo: por un lado, que con este requisito se impide en la práctica el acceso a los planes de pensiones del sistema de empleo de los trabajadores con contratos de corta duración, lo que supone un tipo de discriminación indirecta; por otro, tratándose de una evidente diferencia de trato con respecto a los trabajadores fijos de plantilla no se aprecian fundamentos objetivos y razonables que la avalen, mucho menos si esta desigualdad trata de apoyarse en el sistema de funcionamiento de los planes.

DECIMOPRIMERA

El régimen obligatorio de exteriorización como medida de protección de los intereses de los trabajadores

El mandato legal de la exteriorización de los compromisos por pensiones se constituye como una medida de garantía de los derechos de pensión complementaria. La imposición del principio de externalización *ex lege* a través de la LOSSP (Ley 30/1995) trata de hacer frente al riesgo de insolvencia del empleador obligándole a desplazar los recursos patrimoniales de previsión a un fondo externo y separado de la empresa. Esta prohibición como regla general de constituir fondos internos de previsión social en el pasivo del balance de las empresas y la consiguiente obligación de instrumentar los compromisos empresariales de previsión a través de fondos externos sintoniza perfectamente con el sistema de garantías que a los Estados miembros obliga a establecer el art. 8 de la Directiva 80/987/CE. Ahora bien, aún cuando desde un punto de vista formal se podría considerar que con la prohibición de los fondos internos y la consiguiente exteriorización de los compromisos por pensiones se da cumplimiento a lo previsto por la norma comunitaria, dado que parece no imponerse una verdadera garantía de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, sino más tímidamente la de “proteger los intereses” de los afectados, reduciéndose el grado del compromiso de carácter público en punto a garantizar la efectividad de los derechos, lo cierto es que del análisis del régimen jurídico de los instrumentos válidos para llevar a cabo la externalización se deducen importantes carencias en orden a alcanzar la garantía real de los compromisos asumidos por una empresa. Se podrá postular que no es el riesgo por insolvencia de las instituciones encargadas de articular los compromisos por pensiones lo que la Directiva 80/987/CE pretenda preservar, sino más bien el de la empresa que tenga reconocidos compromisos por pensiones con sus trabajadores, pero lo cierto es que ello no impide considerar que exista una transposición de la norma comunitaria insuficiente y parcial para alcanzar los más ambiciosos objetivos garantizadores que aquélla persigue. Es cierto que las exigencias que incorpora la norma comunitaria son poco precisas, ya que no se concretan las medidas que deben ser adoptadas para proteger los intereses de previsión de los trabajadores. Ahora bien, el hecho de que no se hayan previsto ni se obligue a los Estados miembros a disponer de mecanismos específicos garantizadores de los derechos de previsión no debe hacernos olvidar que lo que se pretende en todo momento es que el Estado se asegure de que los trabajadores tienen garantizado el cobro de los compromisos por pensiones asumidos por la empresa en caso de insolvencia de ésta. Sin a lugar a dudas, la Directiva comunitaria obliga,

dentro de un criterio de aplicación ciertamente flexible, a establecer mecanismos de protección plenamente eficaces para la protección de los derechos de pensión complementaria. Por ello, y dado que en la práctica la insolvencia de empresa, a pesar de la regla general de la prohibición de los fondos internos, puede suponer la desprotección de los partícipes y beneficiarios, se ha planteado, de *lege ferenda*, la necesidad de instituir un aseguramiento obligatorio de las pensiones privadas, bien a través de la contratación obligatoria de seguros (reaseguro) de las prestaciones, o bien, mediante la creación de un Fondo de Garantía de compromisos por pensiones a cargo de los empresarios promotores como forma de autoaseguramiento público de la responsabilidad. Tan sólo a través de la implantación de estos mecanismos de carácter reforzado se lograría garantizar adecuadamente los compromisos por pensiones con independencia de la solvencia financiera de los fondos o de las entidades aseguradoras y la mayor o menor diligencia del empresario en el cumplimiento de sus obligaciones de contribución.

DECIMOSEGUNDA

La autonomía colectiva como fuente constitutiva principal de creación de los planes de pensiones del sistema de empleo

Ya antes de la entrada en vigor de la LPFP (Ley 8/1987) la negociación colectiva intervenía en el ámbito de la protección social complementaria. Se admitía, desde la perspectiva legal, el que la previsión social de carácter complementario fuera objeto de contratación colectiva a través del cauce específico de las llamadas mejoras voluntarias (art. 39.1 TRLGSS). Esta posibilidad fue aprovechada por los agentes sociales, dando lugar a una extensión del campo social de intervención de la negociación colectiva, especialmente a través de las mejoras directas de prestaciones. Sin embargo, a esta potencialidad de la autonomía colectiva como instrumento de creación y de regulación de medidas de protección social complementaria fue indiferente, al principio, la normativa específica de los planes y fondos de pensiones, quedando el papel de la negociación colectiva muy oscurecido, o, cuando menos, excesivamente difuminado. Tras esta etapa, caracterizada por la ausencia de verdaderos apoyos legales en favor de un mayor protagonismo de la autonomía colectiva en el ámbito de la previsión social voluntaria de corte privatista, lo cierto es que se ha acabado por imponer en la experiencia jurídica y, después, en el mismo sistema legal, al convenio colectivo como fuente más adecuada y flexible para el encauzamiento y ordenación de los planes en la modalidad de empleo. A pesar de las insuficiencias que aún hoy la regulación legal

presenta en la materia, se han dado pasos firmes para hacer de la negociación colectiva la fuente esencial de los planes de pensiones del sistema de empleo.

DECIMOTERCERA

El ámbito empresarial como unidad de negociación principal: insuficiencias y dificultades legales para una articulación colectiva supraempresarial

La centralidad de la empresa, en concreto, la de tamaño medio o grande, en la promoción de planes tiene su reflejo en la negociación colectiva. La formalización jurídica de los sistemas privados de pensiones está teniendo lugar de forma mayoritaria a través de las unidades empresariales de contratación. Sin embargo, y pese a lo apuntado, parece abrirse paso la implantación de planes de pensiones de promoción conjunta que de forma muy tímida pero constante empiezan a tener una mayor presencia en la negociación colectiva. Por un lado, encontraríamos el supuesto específico de los grupos de empresas, que cuentan ya con cierto protagonismo en la formalización jurídica de los planes de pensiones. Por otro, el ámbito sectorial como unidad de contratación está saliendo de su letargo a la hora de instar la creación de estas fórmulas de previsión privadas. A ello han contribuido las reformas operadas en los últimos años que han otorgado un mayor papel a la negociación colectiva en general y más específicamente a la de carácter sectorial. Esta apuesta por la articulación por arriba de los planes de pensiones presenta, como ya se dijo, una serie de ventajas indudables frente a los planes de pensiones de carácter empresarial, ya no sólo en términos de racionalización de costes para las empresas implicadas, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, sino además porque se garantiza una cierta homogeneidad o equivalencia del sistema de planes en el marco de un determinado sector de actividad económica. Sin embargo, esta opción a favor de los convenios sectoriales o de grupos de empresas como fuentes esenciales de creación de los planes de pensiones, que con tanta vehemencia, por cierto, se quiere defender desde el modelo legal reformado, encuentra una serie de limitaciones en la propia normativa. De esta forma, los apoyos legales que tratan de favorecer una articulación colectiva de los planes pueden no ser suficientes para evitar una fragmentación del sistema de implantación de los planes. Del mismo modo que se postula una mayor intervención de la autonomía colectiva sectorial se autoriza, en el mismo sentido, una descentralización en la asunción de compromisos por pensiones. En suma, la opción de la negociación

colectiva supraempresarial como mecanismo útil para corregir la diversidad excesiva de planes de pensiones y para favorecer una cierta homeogeneización de las condiciones de participación y de protección de los mismos encuentra importantes deficiencias, las cuáles se encuentran en el propio sistema legal. Así, lejos de poner condicionantes a la proliferación de planes en el marco empresarial, el desarrollo reglamentario propicia los mismos, facilitando vías de escape para que las organizaciones productivas –con mayor poder económico, cabe pensar- puedan evitar la integración en un plan sectorial. La permisibilidad legal en orden a favorecer marcos flexibles de contratación de los planes en el seno de los grupos como la propia dinámica comercial presente en estas organizaciones, son dos factores que lejos de favorecer una deseable uniformidad de la protección social en los grupos, va a posibilitar su fragmentación. Así, no cabe descartar la existencia de dos o más planes que agrupen a diferentes empresas integrantes de la estructura de grupo, como en una multiplicidad de ellos, tantos como empresas formen parte del mismo. De producirse esta situación nos encontraríamos, con toda probabilidad, con condiciones de aportación y prestaciones distintas, lo que exigiría la adopción de medidas de coordinación inter-planes al objeto de proteger adecuadamente los intereses de previsión de los trabajadores –partícipes- en los supuestos de movilidad interna entre empresas del grupo.

DECIMOCUARTA

La reglamentación jurídica débil del plan en el ámbito del convenio colectivo como rasgo predominante

La incorporación de los planes de pensiones del sistema de empleo en el ámbito del convenio colectivo se caracteriza por la diversidad de las fórmulas empleadas a tal objeto. Estas estipulaciones de previsión en materia de planes reflejarían distintas opciones de política-jurídica en orden a la determinación del papel a desempeñar por la autonomía colectiva en la efectiva ordenación del plan. Así, en primer lugar, cuando el convenio decide incorporar a su contenido el conjunto de las características del plan o, incluso, sus propias especificaciones, existe una intención clara de condicionar en todo lo posible la propia dinámica del plan a través de la negociación colectiva. En segundo lugar, cuando el convenio únicamente impone determinados aspectos puntuales al plan, habrá que pensar que lo pretendido es otorgar, dentro del marco legal, un amplio margen de reglamentación al esquema institucional propio de los planes de pensiones. Por último, en el supuesto de que el convenio se limite a ejercer una función de reconocimiento del sistema de previsión, habrá que deducir que

la intención de las partes negociadoras es la de la autonomización por completo de los planes de pensiones respecto de la negociación colectiva de origen. Todas estas opciones son posibles, dependiendo del grado de formalización del plan por el propio convenio colectivo, de modo que en la medida en que en sede convencional se impongan determinados condicionamientos al sistema de previsión instituido, mayor grado de subordinación tendrá éste respecto de aquél.

Sin embargo, este papel activo de la negociación colectiva como condicionante del desenvolvimiento del plan de pensiones parece no ser la vía que se esté consolidando en sede negocial. Se aprecia en el conjunto de los convenios colectivos una preferencia por el cauce de la reglamentación jurídica tenue del plan en el seno de los convenios colectivos, favoreciendo el sometimiento de buena parte de su regulación a las especificaciones correspondientes. Hay, por tanto, una remisión, en ocasiones en bloque, del contenido del plan a los dispositivos previstos en la fuente heterónoma de regulación. Se prefiere, como norma general, que sea en el marco institucional del plan donde tenga lugar el proceso de representación y negociación de los intereses de previsión instituidos en el convenio colectivo.

En cualquier caso, una opción más o menos reglamentista en sede convencional, no va a impedir la autonomización relativa del sistema-plan, ya que ello viene requerido por la propia lógica de este instrumento de previsión privada, que goza de un ámbito jurídico-institucional propio e indisponible, el cuál, por otra parte, resulta especialmente idóneo para superar algunas limitaciones intrínsecas de la negociación colectiva en estas materias y garantizar más adecuadamente los derechos de previsión durante el funcionamiento del plan atendiendo a la variabilidad de las situaciones empresariales y de los contenidos de la negociación colectiva. Ahora bien, el encauzamiento hacia fuera de la regulación de las medidas de previsión instituidas sin condicionamiento alguno por parte del instrumento negocial que les ha dado origen tampoco resulta una buena medida en términos de seguridad, ya que el reconocimiento del plan sigue situándose en el marco del convenio colectivo. El problema de la disponibilidad convencional de las pensiones complementarias no resuelve el problema planteado. Por ello, resulta más acertada aquella opción por la regulación de la materia previsor a través de acuerdos colectivos específicos y no tanto por medio de un convenio colectivo general. Desde luego, esta posibilidad de que el resultado de la negociación colectiva sea un acuerdo o convenio colectivo de previsión social, cuyo único (o principal) objeto sea formalizar el compromiso de creación de un sistema privado de pensiones, puede tener ventajas indudables frente a la incorporación del plan en el conjunto de las materias objeto de regulación por el convenio colectivo general: una más que recomendable desconexión

de esta materia con otros aspectos (retributivos, de jornada etc.) que forman parte del contenido tradicional del convenio colectivo ordinario; evitar la repercusión que la instauración de medidas de previsión social puede tener en la cuantificación de salarios y en sus incrementos; contribuir a dotar de mayor estabilidad a los compromisos por pensiones objeto de regulación, pudiéndose pactar una vigencia larga del convenio colectivo o, incluso, indefinida.

DECIMOQUINTA

El derecho de oposición (o no adhesión) individual al plan

La medida más importante que se incorpora al sistema legal con el objetivo de atender el interés particular de los partícipes es la configuración de un auténtico derecho de oposición individual a la participación en el plan de pensiones creado en virtud de un convenio colectivo. Así, el art. 4.1.a), último párrafo TRLPFP reconoce una facultad de separación del plan a los trabajadores incorporados automáticamente a instancias del convenio, exigiendo únicamente que se haga por escrito y ante la comisión promotora o de control. Pese a que el mismo precepto autoriza que la adhesión se pueda imponer colectivamente y que, por tanto, tenga efecto presunto sobre la posición individual del trabajador ello no es óbice para que éste pueda hacer uso por escrito de una reserva individual de no adhesión. Cabe entender, por tanto, que la plena integración de los sujetos afectados por la eficacia del convenio se hace depender de que los mismos no ejerzan su derecho de oposición a la incorporación. Esta libertad de no afiliación se extiende igualmente para el caso en que la adscripción automática al plan se haya efectuado desde la comisión promotora y en virtud de un acuerdo adoptado por la empresa con los representantes de los trabajadores. Para este caso, como en el anterior, resulta obligado fijar “un plazo para que los que no deseen incorporarse al plan se lo comuniquen por escrito” (art. 9.4, párrafo 2º TRLPFP). Pero es más, cabe sostener igualmente la aplicabilidad de este derecho de oposición al supuesto en que el convenio o acuerdo colectivo haya previsto algún tipo de condicionamiento a la implantación del plan relacionado con la necesidad de la participación de los trabajadores incluidos en su campo de aplicación [arts. 4.1.a) y 9.4 TRLPFP]. El hecho de que se imponga como requisito para la formalización del plan el que exista una participación de todos los sujetos afectados por el convenio, no resulta un argumento suficiente como para negar la posibilidad de que alguno o varios de ellos puedan desmarcarse a título individual. En los términos en los que se expresa la norma (habla de condicionar las obligaciones de la empresa) no parece

deducirse la eliminación en este punto del derecho de oposición individual de los sujetos afectados por la medida de previsión. Más bien cabe pensar que la finalidad de la norma es asegurar desde el convenio que el plan cuente con una participación suficiente (no necesariamente todos) de los trabajadores como para que sea viable.

Con el establecimiento de este derecho de oposición se ha adoptado, sin lugar a dudas, una solución de compromiso entre la tutela de los intereses colectivos e individuales presentes en este ámbito de la previsión complementaria. De este modo, hay un reconocimiento de la capacidad de afectación del convenio, al no resultar necesaria la adhesión individual de los trabajadores incluidos en su campo de aplicación, pero, al mismo tiempo, se habilita una opción de separación del potencial partícipe individualmente considerado. Por tanto, estamos ante una medida de equilibrio por cuanto no se ha querido reconocer al convenio de eficacia normativa la facultad de imponer en todo caso la adhesión al plan, lo que no resulta cuestionable desde el punto de vista de su acomodo al texto constitucional. La garantía de un derecho de oposición individualizado no supone una vulneración del principio de autonomía colectiva consagrado en el art. 37.1 CE. Ahora bien, no hay duda de que la instauración legal de una vía de separación individual y de forma indiferenciada puede entrañar ciertos riesgos en lo que a la generalización de la previsión social complementaria se refiere, dado que cabe pensar que en la práctica se puedan producir renunciaciones forzadas de aquellos trabajadores más vulnerables a participar en este mecanismo de protección social, sobre todo cuando las exigencias de aportación, impuestas obligatoriamente desde el convenio, sean inasumibles para ellos.

DECIMOSEXTA

Naturaleza jurídica extrasalarial de las contribuciones del promotor como propuesta de regulación legal acorde con la finalidad del plan como operación de previsión y autoaseguramiento colectivo

A nuestro juicio, y pese a las propuestas de inclusión de las aportaciones empresariales de previsión en la noción legal de salario *ex art. 26.1 ET*, consideramos que las mismas deben considerarse como percepciones económicas de naturaleza extrasalarial. Aunque las mencionadas propuestas deban de calificarse de intentos ciertamente loables de dotar a los planes, más en concreto, a la participación financiera del promotor en los mismos, de connotaciones salariales, lo cierto es que no parece que el ordenamiento regulador de general afectación, no sólo el

específico, de esta fórmula de previsión acoja esta caracterización. Más bien, cabe sostener que, en general, sigue predominando la función social de previsión respecto de la presencia de aparentes connotaciones salariales, sobre la base de los contratos de trabajo o, en su caso, de las situaciones jurídicas de carácter estatutario (y en relación a las cuáles de constituyen las relaciones jurídicas de previsión del personal), en las obligaciones contributivas y de prestación correspondientes a los regímenes privados de previsión.

DECIMOSEPTIMA

Las dudas sobre la compatibilidad de la diversidad de tutelas protectoras con el principio de no discriminación

La fragmentación del sistema de previsión como resultado del ejercicio de las facultades reconocidas en el art. 4.1.a), párrafo 6º TRLPFP (diversificación de aportaciones y/o creación de subplanes) plantea serias dudas sobre si el principio de no discriminación consagrado en el TRLPFP puede resultar compatible con aquéllas. En el primer caso, la posibilidad de admitir diferencias en las aportaciones del promotor a sus partícipes puede resultar menos criticable, visto desde el plano del principio de igualdad, dado que en algunos casos será razonable la adopción de aquella medida al objeto de poder atender las diversas circunstancias profesionales en las que se pueda encontrar el trabajador. Sin embargo, más difícil resultará la aceptación del supuesto de la diferenciación en subplanes del colectivo laboral de una misma empresa afectado por un mismo plan general, ya que la heterogeneidad que se alcanza con los mismos puede suponer una ruptura del principio de unidad de protección de los planes y no se dan en el ordenamiento legal suficientes garantías como para evitar en la práctica situaciones discriminatorias. Y es que la articulación de subplanes plantea, por un lado, el riesgo de escindir en grupos el colectivo asegurado y crear para cada uno de ellos distintos niveles de protección, provocando una ruptura del principio de universalidad de cobertura y, por otro lado, una fragmentación de la representación del colectivo asegurado en el seno de la comisión de control, con la consiguiente corporativización de ésta. En verdad, el análisis que hemos realizado con anterioridad de la ordenación jurídica de los subplanes en modo alguno sirve para despejar las dudas acerca de la compatibilidad de los mismos con el principio legal no discriminación; más bien al contrario, dado que el sistema positivo puede acentuar los problemas de adecuación de tal medida con la ratio que inspira el mencionado principio antidiscriminatorio.

Igualmente, la posibilidad de que la fragmentación de la plantilla en colectivos diferenciados en el ámbito del sistema de previsión pueda tener lugar sin el control de la negociación colectiva, bastando con que tal medida se prevea en el reglamento del plan, resulta criticable. A nuestro juicio, el cambio normativo que se ha producido en este punto entraña mayores riesgos desde el punto de vista del mandato antidiscriminatorio, ya que si bien hasta ahora la preceptiva intervención de la autonomía colectiva podía atenuar los efectos negativos de la eventual configuración del plan en subplanes, lo cierto es que en la actualidad los elementos de contradicción con el principio de no discriminación son más evidentes dado que los criterios de establecimiento de subplanes se pueden acordar a través de pactos adoptados por sujetos que no tienen porqué representar los intereses generales de todos los trabajadores o empleados.

En conclusión, hay que considerar que las dudas que suscita la figura jurídica del subplan aconsejan, hoy como ayer, su replanteamiento, cuando no su directa eliminación. Pese a que se pueda reconocer que esta técnica diversificada pueda tener cierta utilidad para atender las circunstancias especiales en que se hallen determinados colectivos, especialmente en el caso de los trabajadores de edad avanzada, lo cierto es que ese resultado se puede obtener a través del recurso a otras vías jurídicas previstas en el TRLPFP sin necesidad de la división de la plantilla en colectivos diferenciados. A nuestro juicio, resulta más acorde con el principio legal de no discriminación la opción de realizar tratamientos diferenciados o peculiares para grupos homogéneos en el marco de un único plan, con intervención, supervisión y control de la autonomía colectiva, pudiéndose diferenciar entre las aportaciones del promotor y, derivativamente, entre las prestaciones económicas a recibir por los sujetos protegidos.

DECIMOCTAVA

Las situaciones extintivas y suspensivas de la relación de trabajo en el marco de los planes de pensiones del sistema de empleo

La normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones ha posibilitado la existencia de un conjunto de situaciones de excepcionalidad que hagan subsistir el sistema de previsión y, por ende, el interés individual de protección de los individuos, con independencia de los avatares de las relaciones laborales que están en la base del plan. Se trata de supuestos en los que por diferentes causas, en concreto, la suspensión del contrato de trabajo o su extinción, los partícipes no van a ver mermados definitivamente sus derechos de seguridad como consecuencia del acaecimiento de aquéllas circunstancias. Por tanto, se sienta la regla

general de que la alteración que sufran los partícipes en la relación de trabajo no tiene porqué suponer su inmediata expulsión del sistema de previsión colectivamente organizado. Por ello, en el supuesto de la suspensión del contrato de trabajo, el partícipe podrá acceder a la categoría de partícipe en suspenso y no causará baja en el plan. En el caso de producirse el cese, podrá elegir, de haberse previsto en el plan, entre movilizar sus derechos consolidados a otro plan o permanecer como partícipe en suspenso.

Sin embargo, el ejercicio de tales derechos no está exento de importantes puntos críticos. En el caso del partícipe en suspenso, porque el legislador se despreocupa absolutamente de las causas y circunstancias que pueden dar lugar aquél, dejando en manos de las especificaciones del plan su determinación. Igualmente, para el caso de la movilización, el margen de disponibilidad tan amplio de que gozan las especificaciones de los planes en esta cuestión plantea todo tipo de posibilidades regulativas en el ámbito del sistema-plan. En definitiva, este derecho “autorregulador” de esta modalidad de planes puede dar lugar a una diversificación de las condiciones en las que los citados derechos van a poder ejercitarse y, en consecuencia, a una falta de homogeneidad de éstos, lo que debe interpretarse como especialmente negativo si se quiere favorecer una adecuada coordinación de los sistemas de protección representados por los planes.

DECIMONOVENA

Evolución del régimen legal en favor de la configuración de la acción protectora de los planes como complementaria de la rama pública de pensiones

En la actualidad, tras las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 24/2001 al art. 8.6 TRLPFP, se puede deducir del régimen legal de los planes de pensiones una voluntad manifiesta de que las prestaciones previstas cumplan una función de complementariedad de las del sistema público. Y es que, desde la norma legal, se delimita el ámbito objetivo de cobertura de las pensiones privadas –contingencias- sobre la acción protectora del sistema público. Ejemplo de ello es la remisión que el texto legal hace a este sistema en cuanto a la concreta delimitación de las contingencias, circunscribiéndose, en lo sustancial, a las pensiones contributivas previstas en el Sistema Público de Seguridad Social, y más en particular a su rama de pensiones.

En cualquier caso, esta fórmula de reenvío a la normativa de Seguridad Social no deja de ser problemática a la hora de interpretar la

relación entre la autonomía contractual y la legislación pública de pensiones a efectos de determinar el ámbito objetivo y subjetivo de protección de los planes; algo que, por lo demás, no es nuevo en nuestro sistema jurídico de previsión social. En principio, habría que considerar que el margen de libertad de los sujetos negociadores de un sistema-plan es pleno a la hora de decidir qué situaciones de necesidad deben ser protegidas, ahora bien, en su concreta delimitación conceptual la voluntad de los promotores y partícipes del plan debe encontrar importantes limitaciones. Sin embargo, dicha regla general parece encontrar una excepción en el caso de la contingencia de fallecimiento del partícipe o beneficiario, puesto que en este caso el sistema legal actúa con una ambigüedad deliberada, sin remisión alguna a la normativa pública de protección, dejando en manos del acuerdo colectivo de previsión la facultad de su delimitación.

Por lo demás, este cambio de orientación en la acción protectora proporcionada por los planes de pensiones puede tener efectos positivos muy valiosos en lo que al desarrollo de los planes de pensiones del sistema de empleo se refiere, por cuanto, de un lado, se percibe con mayor claridad la conexión entre los instrumentos privados de protección y los públicos, lo que puede contribuir a reforzar la confianza en aquéllos; y, de otro, que los acuerdos de protección complementaria se sustenten en la clara intención y voluntad de obtener una prestación complementaria respecto de las dispensadas por el sistema público. De hecho, la práctica negociadora viene a confirmar esa más que evidente intención de los agentes sociales de instaurar medidas de previsión de carácter colectivo que mejoren o completen el importe de la pensión pública. Ahora bien, conviene tener en cuenta igualmente el aspecto más negativo de la complementariedad predicable de los planes de pensiones del sistema de empleo, esto es, que lejos de mejorar el “optimum” de las prestaciones públicas se dirijan más bien a completar el “optimum” fijado por la prestación pública.

VIGÉSIMA

La comisión de control del plan: su configuración como mecanismo de supervisión y de representación de los interesados

Uno de los pilares básicos del sistema institucional de los planes de pensiones es la existencia *ad hoc* en cada plan de un mecanismo colegiado de supervisión de su funcionamiento y ejecución. En otras palabras, la normativa ha querido reservar un papel esencial a la función correctiva y de conducción de los planes y de los fondos en que se integran. Y tal

ocupación se otorga al conjunto de los elementos personales que se dan cita en un plan del sistema de empleo, esto es, los partícipes, beneficiarios y promotor. Ahora bien, la importancia de esta función fiscalizadora no debe eclipsar aquella otra que cabe reconocer en estos mecanismos de control de los planes, a saber, la de servir de cauce institucional de carácter instrumental para articular el derecho de participación de los interesados en la gestión de la previsión privada. Por tanto, la comisión de control del plan ostenta un doble papel: por un lado, actúa como órgano supervisor del funcionamiento del plan y, por otro, se constituye en cauce de participación y representación de los interesados.

Precisamente, la importancia de este órgano en el esquema institucional y organizativo de los planes de pensiones del sistema de empleo no ha impedido que cuestiones tales como el mayor o menor protagonismo (principio de primacía) de los partícipes en la conducción y control de los planes, la introducción de procedimientos de designación directa (o sindical) por parte de la autonomía colectiva organizada en los representantes de los partícipes en la comisión de control o la mayor o menor vinculación de dicha comisión respecto de los dictados de la negociación colectiva, especialmente cuando se trata de modificar las especificaciones del plan, hayan resultado pacíficas. Más bien, al contrario, se ha tratado de asuntos ciertamente polémicos respecto de los cuáles se han hecho patentes fórmulas jurídicas de compromiso.

VIGÉSIMOPRIMERA

Los mecanismos de garantía (in)suficientes de la relación privada de protección

En la medida en que el sistema de planes de pensiones privados se constituye en una estrategia de reparto del riesgo, parece razonable exigir de estos instrumentos un margen razonable de seguridad, entendido en el sentido de que frente a la actualización de las contingencias previstas en el contrato-plan, éste atenderá las situaciones de necesidad que éstas ocasionen. Por ello, el modelo legal de los planes de pensiones debería ofrecer los mecanismos adecuados –garantías– para dar solución a cuestiones tales como: la incidencia en los derechos de previsión regulados en el contrato-plan de una eventual disponibilidad de las pensiones complementarias por la fuente institutiva de origen, ya el convenio colectivo o la decisión unilateral del promotor –principio de modificación o supresión–, la portabilidad de los derechos de protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea –principio de movilidad

externa- y la viabilidad de la técnica de previsión –principio de seguridad- y la continuidad de la protección instituida –principio de continuidad- ante las posibles vicisitudes por las que pueda atravesar la empresa. Y así, los resultados de las opciones de política jurídica adoptados con respecto a cada uno de los aspectos apuntados son ambivalentes.

De un lado, con respecto a la primera cuestión, el sistema jurídico-normativo de los planes va a garantizar la intangibilidad de los derechos de previsión consagrados convencionalmente. En otras palabras, la negociación colectiva concesiva no a va poder operar con respecto a los derechos consolidados de los partícipes y a los derechos adquiridos de los beneficiarios. Ahora bien, ello no significa que se impida legalmente disponer del compromiso adoptado en sede convencional. Al insertarse el plan en el ámbito propio de aquella (como fuente de implantación de los compromisos por pensiones) resulta lógico que el convenio pueda incidir en el desenvolvimiento vital del mismo. Ahora bien, siendo esto así, lo discutible es el grado de disponibilidad de los efectos hacia el futuro del régimen previsor, puesto que se pone de manifiesto, una vez más, el problema de la intercambiabilidad entre el instrumento de implantación, el convenio, y el mecanismo de regulación, el plan. Más en concreto, el grado de incidencia que puede tener la autonomía colectiva sobre el plan de pensiones formalizado se topa con el marco legal vigente, el cuál viene a consagrar un ámbito jurídico propio para el segundo respecto de su fuente de origen. En resumen, cabría decir que la negociación colectiva no goza de una disponibilidad total de los efectos *pro futuro* del compromiso. Desarrollando esta última idea cabría decir que la negociación colectiva podría encontrar límites explícitos en la tarea de modificar o suprimir los compromisos por pensiones por ella reconocidos si éstos se encuentran instrumentados y gestionados a través del régimen integrado de planes y fondos de pensiones. De un lado, porque una vez pactados e incorporados al plan se opera una cierta autonomización de los mismos en virtud de su propia regulación legal respecto de la negociación colectiva de origen. De otro, porque dicha autonomización relativa del instrumento de regulación de los derechos de previsión, esto es, del plan, resulta ser necesaria, y así lo pretende el sistema normativo de los planes, si tenemos en cuenta las limitaciones que la negociación colectiva presenta en este punto.

Menos satisfactoria resulta la cuestión de la transferibilidad de los derechos acumulados a otros países, dentro o fuera de la Comunidad Europea. Nuestro ordenamiento permite la participación en un plan de pensiones de trabajadores comunitarios o de países extranjeros en general –rige en estos casos el principio de territorialidad- pero en modo alguno posibilita la transferencia al extranjero de los derechos de pensión acumulados ni tampoco la continuidad de la participación en el plan del país de acogida del trabajador transferido. En definitiva, el cambio de

empresa conlleva irremediablemente el no poder movilizar los derechos de pensión complementaria (aunque sí su retención en el plan anterior) o, en el peor de los casos, la misma terminación de la afiliación o adscripción en el país de origen.

Finalmente, las alteraciones que se puedan producir en la figura del empresario, a la postre promotor del plan, no van a resultar indiferentes en lo que al régimen de responsabilidades derivado de la constitución de un plan se refiere. Cuestiones tales como la posible subcontratación de obras o servicios, la cesión de trabajadores, la concentración empresarial, las fusiones o escisiones de empresas y las situaciones de crisis pueden tener una incidencia notable en el contrato-plan, pudiendo significar la frustración de la prolongación en el tiempo del sistema de previsión. Todas estas cuestiones deberían tener una respuesta explícita en el marco de los planes del sistema de empleo, lo cual tan sólo ocurre en los supuestos de cambio de titularidad empresarial. En el caso del tratamiento de los estados de insolvencia en el marco de los planes se ponen de manifiesto deficiencias importantes respecto de una real y efectiva protección de los intereses de los sujetos participantes de los sistemas privados de previsión.

BIBLIOGRAFÍA

- ADELANTADO, J. y GOMÁ, R.: “Las políticas sociales: entre el Estado del bienestar y el capitalismo global”, en VV. AA. (Morata, F. edit.): *Políticas públicas en la Unión europea*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 189-241.
- AGLIETTA, M.: *Regulación y crisis del capitalismo. La experiencia de Estados Unidos*, Madrid, Siglo XXI, 1979.
- AGUILAR GONZÁLVEZ, M. C.: “Tipología de organización jurídica de la pequeña empresa”, en VV. AA. (Cruz Villalón, J. y Fuentes Rodríguez, F. coords.): *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, pp. 75-106.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 2001.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS DAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social complementaria*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 2005.
- AHUMADA CARAZO, R. M.^a: “Aspectos económicos y financieros que demandan la reforma de los Planes de Pensiones de Empleo: causas, efectos y propuestas”, *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, núm. 5, 2001, pp. 91-111.
- ALAIMO, A.: “La previdenza complementare della crisi del *welfare state*: autonomia individuale e nuove frontiere dell’azione sindacale”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2001.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 7, 1986, pp. 9-40.
- “La Ley de Reforma de Pensiones de 1985”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986, pp. 51-71.
 - “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en VV. AA. (López López, J. coord.): *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 11-34.
 - “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”, en VV. AA. (Cruz Villalón, J. coord.): *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 19-32.
 - “La reforma del sistema de pensiones en España”, *Temas Laborales*, núm. 48, 1998.
 - *La Seguridad Social en España*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
 - “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, pp. 35-72.
 - “Financiación de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, pp. 227-234.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 4.ª ed., 1991.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Bilbao, Deusto, 1992.
- ALEMANY ZARAGOZA, E.: “Informe sobre complementos de pensiones”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1994, pp. 1459-1468.

- ALEMANY ZARAGOZA, E. y MARTÍN LÓPEZ, M. P.: “Los planes de pensiones del sistema de empleo como medida de protección social”, en VV. AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 337-352.
- ALFONSO MELLADO, C. L.: “Salarios y negociación colectiva”, en VV. AA. (Aparicio Tovar, J. coord.): *Estudios sobre el salario*, Albacete, Bomarzo, 2004, pp. 9-52.
- ALMAJANO PABLOS, L. M.: “Normas y propuestas normativas comunitarias en materia de previsión social complementaria. En particular, los compromisos por pensiones con los trabajadores”, *Actualidad Administrativa*, Tomo I, 1994.
- ALMANSA PASTOR, J. M.: “La obligación salarial” en VV. AA.: *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, Universidad de Valencia, 1976, p. 94
- *Derecho a la Seguridad Social (I)*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1977.
 - “Gestión pública e iniciativa privada”, *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982, pp. 166-177.
 - “Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones como instrumentos de seguridad social complementaria”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 24, 1984, pp. 15-37.
 - “Aspectos jurisdiccionales de la Seguridad Social complementaria”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1985, pp. 73-81.
- ALMUNIA AMANN, J.: “El futuro de la Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, núm. 37, 1992, pp. 17-33.
- ALONSO, L. E.: *Trabajo y ciudadanía*, Madrid, Trotta, 1999.
- ALONSO MURILLO, F.: *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- *Los sistemas privados de pensiones en la imposición estatal sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre Sociedades)*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 21.ª ed., 2003.
- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 18.ª ed., 2002.
- ALONSO RIESCO, J. L.: “La Seguridad Social complementaria libre en la negociación colectiva en 1984 y tendencias en 1985”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 27, 1985, pp. 113-137.
- ALONSO SAURA, J. L.: “Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenios Colectivos”, *Documentación Laboral*, núm. 32, 1990, pp. 77-105.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y TRUJILLO VILLANUEVA, F.: “Algunas reflexiones sobre el contenido asistencial de los convenios colectivos tras la reforma producida por la Ley 11/1994”, en VV. AA. (Cruz Villalón, J. coord.): *Los protagonistas de las relaciones*

laborales tras la reforma del mercado de trabajo, Madrid, Comité Económico y Social, 1995, pp. 266-298.

ALVAREZ de la ROSA, M.: “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, pp. 77-86.

- “Razones para una reforma de la Seguridad Social española”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1985, pp. 401-417.
- “El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social”, en VV. AA.: *Estudios sobre el salario*, Madrid, ACARL, 1993, pp. 515-528.

ANALISTAS DE RELACIONES LABORALES: “Disentimientos y negociaciones”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 1996.

ANDREONI, A.: “Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della corte di giustizia. (Riflessioni sul caso *Albano*)”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 4, 2000, pp. 981-992.

ANDRIETTI, V.: “Transferibilidad de los derechos a la pensión complementaria en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 54, núm. 1, 2001, pp. 65-93.

ANDRUCCIOLI, P.: *La trappola del fondi pensione*, Milan, Feltrinelli, 2004.

ANFOSSO BORRELL, S.: *Iniciación a los Fondos de Pensiones*, Bilbao, Deusto, 1988.

ANGULO RODRÍGUEZ, L.: “Aspectos mercantiles de las Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 24, 1984, pp. 39-62.

- “Los Planes y Fondos de Pensiones y la Ley de Contrato de Seguro y demás normativa aseguradora”, en VV. AA.: *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2.ª ed., 1989, pp. 35-52.
- “Constitución y régimen de organización de los fondos de pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de pensiones*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 68-96.

ANTRÁS, A.: *Planes y fondos de pensiones*, Barcelona, Eada Gestión, 1992.

APARICIO TOVAR, J.: “Sobre la suficiencia de las prestaciones con ocasión de las recientes reformas del Sistema de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, pp. 235-242.

- “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002, pp. 19-52.
- “La Seguridad Social en la Constitución”, en VV. AA. (Sempere Navarro, A. dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 787-814.

APROBERTS, L.: *Les Retraités aux États-Unis. Sécurité sociale et fonds de pension*, Paris, La Dispute, 2000.

ARADILLA MARQUÉS, M.ª J.: “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la incidencia de la Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores (1)”, *Tribuna Social*, núm. 47, 1994, pp. 39-48.

- “Convenio colectivo y trabajadores pasivos. (Comentario a las SSTs de 14 y 24 de julio de 1995)”, *Temas Laborales*, núm. 40, 1996, pp. 73-83.
- “Los instrumentos para la previsión complementaria en la empresa: situación normativa actual”, en VV. AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso*

- Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II*), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 243-266.
- “La previsión social complementaria en el sector público, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2004, pp. 25-38.
- ARADILLA MARQUÉS, M.^a J. y BATALLER GRAU, J.: “El contrato de seguro como modalidad de instrumentación de los compromisos por pensiones: los derechos de disposición anticipada”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 2003, pp. 309-331.
- ARADILLA MARQUÉS, M.^a J.; BLASCO LAHOZ, F. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Comentario al artículo 4.1.b) del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 140-174.
- ARAGON MEDINA, J.: “Los grupos de empresas como unidad económica dominante”, en VV. AA. (Baylos, A. y Collado, L. eds): *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, Madrid, Trotta, 1994.
- ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Competencia del orden social en materia de previsión social voluntaria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 1, 1991, pp. 33-46.
- ARANA GARCÍA, E.: “Comentario al artículo 32 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 616-619.
- ASHFORD, D.: *La aparición de los Estados de Bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- AVALOS MUÑOZ, L. M.: “El mutualismo de previsión social en España”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1990, pp. 108-117.
- AYALA CAÑÓN, L.: “Hacia un nuevo modelo de protección social”, *Documentación Social*, núm. 99-100, 1995, pp. 75-104.
- AZNAR LÓPEZ, M. y CASADO, D.: *Perspectivas de la Seguridad Social española*, Madrid, Acebo, Madrid, 1988.
- BALANDI, G. G.: “Reflexiones institucionales sobre previsión social complementaria privada”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1988, pp. 301-316.
- “Tendencias de la Seguridad Social de los países de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996, pp. 430-435.
- BANCO MUNDIAL: *Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. Informe del Banco Mundial sobre Investigaciones relativas a políticas de desarrollo*, Washington, Banco Mundial, 1995.
- BANDRÉS, E. y CUENCA, A.: “Equidad intrageneracional en las pensiones de jubilación. La reforma de 1997”, *Revista de Economía Aplicada*, núm. 18, 1998.
- BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996.
- BARCELÓ RICO-AVELLÓ, G. y AVALOS MUÑOZ, L. M.: *Previsión social en la empresa*, Madrid, Espasa Calpe –C. D. N.– Ciencias de la Dirección, 1991.

- BARCELÓN COBEDO, S.: “Ámbito material de los planes y fondos de pensiones y su dimensión competencial. (Comentario a la STC 206/1997, de 27 de noviembre)”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1998, pp. 698-724.
- BAREA TEJEIRO, J.: “Gasto Público en pensiones”, *Papeles de Economía Española*, núm. 37, 1988.
- “El sistema de protección social español y la evolución demográfica”, en VV. AA.: *Europa en el movimiento demográfico. Los Sistemas de Pensiones y la Evolución Demográfica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, pp. 173-190.
- BAREA, J.; CARPIO, M. y DOMINGO, E.: “El futuro de las pensiones en España. Comentarios al Pacto de Toledo”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 95, 1995.
- BARR, N.: *The economics of Welfare State*, Stanford University Press, Stanford, 1993.
- “Reforma de las pensiones: mitos, verdades y opciones políticas”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 55, núm. 2, 2002, pp. 3-41.
 - “La reforma de las pensiones: análisis económico y algunas opciones de política”, en VV. AA. (Muñoz Machado, S.; García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las Estructuras del Bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 657-675.
- BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, Madrid, Comité Económico y Social, 1998.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “La responsabilidad respecto de mejoras por riesgos profesionales introducidas por convenio colectivo. El aseguramiento mercantil y su omisión”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 60, 1993, pp. 497-519.
- “Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pp. 889-902.
- BARTHÉLÉMY, J.: “Essai sur l’ingénierie juridique des fonds de pension”, *Droit Social*, núm. 5, 1995, pp. 525-528.
- “Protection social complémentaire: contribution salariale non prélevée et assiette des cotisations de Sécurité sociale”, *Droit Social*, núm. 2, 2001, pp. 175-177.
 - “La nature juridique des accords de retraite complémentaire”, *Droit Social*, núm. 5, 2003, pp. 513-517.
 - “Réforme des retraites et protection sociale complémentaire”, *Droit Social*, núm. 11, 2003, pp. 970-976.
- BASAGOITI ZABALA, A.: “Planes y Fondos de Pensiones”, *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 142, 1991, pp. 27-41.
- BAYLOS GRAU, A.: “Trabajo temporal y no discriminación”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1987, pp. 429-439.
- “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999, pp. 19-49.
 - “La acción colectiva de los trabajadores en la empresa: reflexiones sobre algunos problemas derivados de la institucionalización sindical en ese espacio”, *Revista de Derecho Social*, núm. 27, 2004, pp. 11-27.
- BAYOD y SERRAT, R. y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E.: *Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, Trivium, 1989.

- BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Comares, Granada, 2002.
- BEATTIE, R.: “Protección social para todos, pero ¿cómo?”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 119, núm. 2, 2000, pp. 141-163.
- BEATTIE, R. y MCGILLIVRAY, W.: “Una estrategia riesgosa: reflexiones acerca del informe del Banco Mundial titulado *Envejecimiento sin crisis*”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 48, núms. 3-4, 1995.
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.
- BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E.: *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Barcelona, Paidós, 2003.
- BEHRENDT, CH.: “Pensiones privadas: ¿una opción viable? Sus efectos distributivos según una perspectiva comparativa”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 3, 2000, pp. 3-29.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 96, 1999, pp. 519-537.
- BENAVENTE TORRES, M.^a I.: “Los seguros complementarios en la negociación colectiva”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 10, 1993, pp. 119-138.
- BENGOECHEA, J. y ERRASTI, J. M.^a: “El futuro de las pensiones”, *Información Comercial Española*, núm. 736, 1994, pp. 145-167.
- BENITO SANZ, B.: “Una década de existencia de los Planes y Fondos de Pensiones”, *La Ley*, 1997, pp. 1870-1873.
- BESSONE, M.: *La previdenza complementare*, Turín, Giappichelli, 2000.
- “Fondi pensione e diritti soggettivi. Portability della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 4, 2002, pp. 565-589.
- BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Estudio preliminar El negocio jurídico como categoría problemática a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2000.
- BETZUEN ZALBIDEGOITIA, A. y BLANCO IBARRA, F.: *Planes y fondos de pensiones. Su cálculo y valoración*, Bilbao, Deusto, 1989.
- BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- BIURRUN ABAD, F. J.: “El derecho de los trabajadores al rescate de los fondos de pensiones de “La Caixa” al amparo del derecho comunitario”, *Aranzadi Social*, Tomo V, 2000, pp. 455-473.
- BIURRUN ABAD, F. J., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- BLACKBURN, R.: “El nuevo colectivismo: reforma de las pensiones, capitalismo gris y socialismo complejo”, *New Left Review* (Edición española), núm. 2, 2000, pp. 21-82.

- “La debacle de Enron y la crisis de los fondos de pensiones”, *New Left Review* (Edición española), núm. 14, 2002, pp. 25-50.
- BLAKE, B.: *Pension schemes and pension funds in the United Kingdom*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- BLANCO ÁNGEL, F.: “El sistema público español de pensiones de jubilación: principales desafíos y evolución reciente”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 56, núm. 3, 2002, pp. 65-81.
- BLANCO MARTÍNEZ, R.: “Las posibilidades abiertas por la regulación de planes y fondos de pensiones”, *Temas Laborales*, núm. 14, 1989, pp. 84-90.
- BLANCO RODRÍGUEZ, J. E.: *Estudio de los convenios colectivos. Especial consideración de su repercusión en la Seguridad Social*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1963.
- “La Seguridad Social en los convenios colectivos”, *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1961.
 - “Las mejoras voluntarias y su contratación colectiva en la Ley de Bases de Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pp. 341-367.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: *La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- “La protección de la dependencia: un seguro social en construcción”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2003, pp. 1087-1109.
- BLASCO LAHOZ, J. F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.^a A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social (y prestaciones complementarias)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- *Curso de Seguridad Social (Régimen General y prestaciones no contributivas)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 12.^a ed., 2005.
- BOBBIO, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980.
- BORGES CHAMORRO, A. M.: “Compromisos y derechos de previsión social en la empresa”, en VV. AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 287-302.
- BORGETTO, M.: “La nature juridique des versements destinés à assurer l’équilibre financier des régimes complémentaires de retraite par répartition”, *Droit Social*, núm. 9-10, 1999, pp. 816-820.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pp. 25-41.
- “La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El Informe Beveridge en 1985”, *Documentación Laboral*, núm. 15, 1985, pp. 7-41.
 - “La Seguridad Social en la Constitución Española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional”, *Documentación Laboral*, núm. 30, 1990, pp. 11-53.
 - “El estatuto jurídico de las mutualidades. Necesidad de una normativa específica”, Barcelona, *Congreso Español de Mutualidades*, 1991.
- BOZZAO, P.: “La previdenza complementare”, en VV. AA. (Pessi, R, dir.): *La riforma del sistema previdenziale*, Padua, CEDAM, 1995, pp. 379-397.

- BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España”, en VV. AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 101-174.
- “La protección social complementaria en la empresa: Desarrollo y perspectivas”, *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004, pp. 139-156.
- BUSTOS CASTILLO, R.: “Comentarios sobre “La privatización de un régimen nacional de pensiones: El caso chileno”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 112, núm. 3, 1993, pp. 481-490.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La Seguridad Social en la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2002, pp. 733-756.
- CALONJE CONDE, M. y RUIZ ECHAURI, J.: “Los compromisos por pensiones de las entidades de crédito: su tratamiento jurisprudencial y su regulación por el Banco de España”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 94, 2004, pp. 193-212.
- CAMPS RUIZ, L.: “La condición más beneficiosa”, en VV. AA.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
 - *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
 - “El concepto laboral de empresario”, en VV. AA. (Borrajo Dacruz, E. coord.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Madrid, Edersa, 1997.
- CANDIAN, A. D.: *I fondi pensione*, Milán, Ipsoa, 1998.
- CAPELLA, J. R.: *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 3.^a ed., 2005.
- CARCELÉN CONESA, J. M.: *Planes de pensiones y sistemas de jubilación*, Madrid, Tecnos, 1989.
- “Significado jurídico de las diferentes instituciones que intervienen en el sistema de pensiones: Planes, Fondos, Gestoras, Depositarias, Expertos y Administración”, *La Ley*, 1989, pp. 1165-1173.
- CARDENAL CARRO, M.: “La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (I y II)”, *Aranzadi Social*, núm. 16-17, pp. 209-258.
- “El nuevo pacto de Toledo”, *Aranzadi Social*, núm. 13, 2003, pp. 9-31.
- CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, Edición y Estudio Preliminar sobre “La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti” a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2003.
- CASAHUGA, A.: “El sistema de pensiones públicas”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pp. 297-306.
- CASAS BAHAMONDE, M.^a E.: *Autonomía Colectiva y Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977.
- “Leyes de Presupuestos y sistemas complementarios de Seguridad Social de empresas públicas financiados con fondos públicos (I y II)”, núms. 46 y 47, 1987, pp. 2553-2564 y 2601-2609.
 - “Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993, pp. 49-58.

- CASTEL, R.: *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Barcelona, Paidós, 1997.
- *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires, Manantial, 2004.
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: “Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, pp. 359-389.
- “La Seguridad Social en el año 2002. De la concertación social a la confrontación. Especial referencia a las reformas del desempleo y la jubilación”, en VV. AA. (Castiñeira Fernández, J. coord.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos (XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo y Relaciones Laborales)*, Sevilla, Centro Andaluz de Relaciones Laborales, 2003, pp. 377-427.
- CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: “La reforma de los planes y fondos de pensiones ”, *Actualidad Laboral*, núm. 48, 1996, pp. 933-948.
- “El papel de los planes y fondos de pensiones en el sistema de previsión social”, *Actualidad Laboral*, núm. 25, 1999, pp. 481-502.
- CC. OO.: *La exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios. Guía jurídica y para la negociación colectiva*, Madrid, Área de Planes y Fondos de Pensiones, Secretaría de Acción Sindical, Confederación Sindical de CC. OO., 2000.
- CECCONI, S.: “La previdenza complementare e le sue vicende”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 1996, pp. 189-216.
- CERCAS ALONSO, A.: “El futuro de los sistemas de pensiones en Europa”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 5, 2001, pp. 4-11.
- CINELLI, M.: “Sulle funzioni della previdenza complementare”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 3, 2000, pp. 523-537.
- CIOCCA, G.: “I fondi pensione e la libertà della previdenza privata”, *Il Diritto del Lavoro*, Tomo I, 1995, pp. 364-399.
- “Le prestazioni”, en VV. AA.: (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 427-454.
- COLÁS NEILA, E.; FARGAS FERNÁNDEZ, J. y PUMAR BELTRÁN, N.: “Déficits de solidaridad en la política de pensiones en Europa: pensiones complementarias y la “Reforma Reister” en Alemania”, *Revista de Derecho Social*, núm. 27, 2004, pp. 211-230.
- COLINA ROBLEDO, A.: *El salario*, Valencia, CISS, 1995.
- CONCIALDI, P.: “Debats et enjeux autour des retraites. Un état des lieux”, *L'Année de la régulation*, núm. 4, 2000, pp. 171-207.
- CONCIALDI, P y MATH, A.: “Réforme des retraites et ressources des personnes âgées : quelques enseignements des expériences étrangères”, *Revue de l'IREs*, núm. 41, 2003, pp. 1-38.

- CONISON, J.: *Employee Benefits Plans*, St. Paul, Thomson West, 3.^a ed., 2003.
- COURSIER, PH.: “La revisión d’un accord de retraite supplémentaire et ses conséquences (Cour de cassation, ch. soc. 28 mai 2002)”, *Droit Social*, núm. 9-10, 2002, pp. 874-880.
- CRIST. W. D. y DUIGOU, J. C. le: *Les fonds de pension*, Paris, Grasset, 2002.
- CRUZ ROCHE, I.; DESDENTADO BONETE, A. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Política social y crisis económica. Aproximación a la experiencia española* Madrid, Siglo XXI, 1985.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pp. 114-162.
- “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, *Relaciones Laborales*, núm. 17/18, 1994, pp. 116-166.
 - “Outsourcing y relaciones laborales”, en VV. AA.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, pp. 249-326.
 - “Las relaciones laborales en la pequeña empresa: una aproximación a sus especialidades normativas” en VV. AA. (Cruz Villalón, J. y Fuentes Rodríguez, F. coords.): *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*, Cádiz, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 9-46.
 - “Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario”, en VV. AA. (Cruz Villalón, J. coord.): *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 33-56.
- CHARRO VALLS, J. M.: “Aspectos jurídicos e institucionales de los planes y fondos de pensiones”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1993, pp. 393-398.
- CHASSARD, Y.: “Réforme des retraites: quelques idées glanées chez nos voisins européens”, *Droit Social*, núm. 3, 2003, pp. 323-326.
- DAVIS, E.: *Pension Funds. Retirement-Income Security and Capital Markets. An International Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- DELGADO PLANÁS, C.: *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa. La previsión empresarial en España*, Madrid, McGraw Hill, 2000.
- DESDENTADO BONETE, A.: “El mutualismo de previsión ante la reforma de la Seguridad Social”, en VV. AA.: *El futuro de las pensiones en España. Seguridad Social y Fondos de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 99-115.
- “La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el proyecto de ley de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 25, 1985, pp. 77-94.
 - “Notas sobre concurrencia y sucesión de convenios colectivos en la doctrina jurisprudencial reciente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo)*, núm. 3, 1997, pp. 205-219.
 - “La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la Ley 24/1997”, *Tribuna Social*, núm. 95, 1998, pp. 7-18.
 - “La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Seguridad Social)*, núm. 4, 1997, pp. 61-80.

- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial (II). Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 4.^a ed., 1993.
- DÍEZ NICOLÁS, J.: “Envejecimiento y políticas hacia los mayores en la Unión Europea”, en VV. AA. (Muñoz Machado, S.; García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las Estructuras del Bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 779-793.
- DOMÍNGUEZ GARRIDO, J. L.: “Los sistemas de aseguramiento complementarios en la C. E. E.”, en VV. AA.: *El futuro de las pensiones en España. Seguridad Social y Fondos de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 117-154.
- DONDI, G.: “Le vicende modificative delle fonti istitutive”, (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 293-307.
- DUPEYROUX, J. J.: “Avant-propos”, *Droit Social*, 1986.
- “Sur les incidences de la prise en charge, par l’employeur, des contributions salariales aux régimes complémentaires”, *Droit Social*, núm. 6, 1996, pp. 624-626
 - *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 15.^a ed., 2005.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Concepto y significado institucional de los grupos de empresas”, en VV. AA.: *Libro Homenaje a Ramón M^a Sastre (Junta de Decanos de Colegios Notariales)*, Tomo III, Madrid, 1976.
- “Notas delimitadoras y naturaleza jurídica de los Fondos de Pensiones”, en VV. AA.: *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2.^a ed., 1989, pp. 53-92.
- DURÁN HERAS, A.: “Efectos de la Seguridad Social en el empleo”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 11, 1981, pp. 183-217.
- “El sistema público de pensiones”, *Fundación Empresa Pública*, 1994.
- DURÁN LÓPEZ, F.: “El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales”, en VV. AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 523-536.
- “Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996, pp. 549-558.
- DURAND, P.: “Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale”, *Droit Social*, 1960, pp. 42-55.
- *La política contemporánea de Seguridad Social*, Traducción y Estudio Preliminar a cargo de José Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.
- ECHEZARRETA GONZÁLEZ, B. y TRULLOS LANCHO, S.: “Comentarios a la Ley 26/1985, de 31 de julio, sobre reforma del sistema de la Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 47, 1985, pp. 2337-2345.
- EDUARDO FARIA, J. E.: *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.
- ELORZA GUERRERO, F.: “Efectos de la reforma concursal sobre la protección de los créditos laborales de los trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005, pp. 51-109.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Comares, 2001.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: *Flexibilidad y compromisos por pensiones. El contrato de seguro como instrumento de exteriorización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: “Comentario de Legislación”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1987, pp. 1026-1029.
- “Comentario de Legislación”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, pp. 1011-1020.
 - “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en VV. AA.: *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva (XIV Jornadas de estudio de la negociación colectiva)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pp. 43-70.
- ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Valencia, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993.
- *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- ESTEVE SEGARRA, M.^a A.: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- FARIÑAS DULCE, M.^a J.: *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.
- FELDSTEIN, M.: “Como hacer frente a la crisis de la Seguridad Social”, en VV. AA. (López García, M. A. comp.): *La Economía del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pp. 791-805.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica del salario*, Granada, Comares, 2001.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: “Sistemas privados de Pensiones y Protección Social”, *Collegium (Revista del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Jaén)*, núm. 10, 2002, pp. 11-34.
- “Los Planes y Fondos de Pensiones”, *Collegium (Revista del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Jaén)*, núm. 11, 2002, pp. 12-34.
 - “Comentario a la Disposición Transitoria Segunda del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 778-782.
 - “Comentario a las Disposiciones Transitorias Cuarta y Quinta del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 785-800.
 - “Comentario a las Disposiciones Finales Tercera y Cuarta del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 822-828.
- FERNÁNDEZ BRIONES, J.: “Régimen tributario de las aportaciones a Planes de Pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de pensiones*, Barcelona, Ariel, 1989.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “La necesaria reforma estructural del Sistema de Seguridad Social”, *Tribuna Social*, núm. 116-117, 2000, pp. 12-23.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: “De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 81, 1997, pp. 5-39.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: “Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el ordenamiento laboral español”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993, pp. 113-150.
- FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. A.: “Características básicas de la futura regulación de los Fondos de Pensiones”, en VV. AA.: *El futuro de las pensiones en España. Seguridad Social y Fondos de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 193-205.
- FERNÁNDEZ PALACIOS, J.: “El principio de capitalización en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de pensiones*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 499-514.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: “El servicio público de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, pp. 211-229.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- FERRARA, M.: “Los dilemas de la Europa Social”, en VV. AA. (Muñoz Machado, S.; García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las Estructuras del Bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 421-433.
- FERRERAS ALONSO, F.: “Adaptar la Seguridad Social a las nuevas situaciones sociales: el ejemplo de Alemania”, *Tribuna Social*, núm. 128-129, 2001, pp. 13-21.
- “La evolución de la Seguridad Social en la Unión Europea con especial referencia a las pensiones”, en VV. AA. (López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. eds.): *El Estado del bienestar: Modelos y líneas de reforma*, Alzira, Germania, 2005, pp. 41-85.
- FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L. de la: “Mejoras voluntarias de protección social: naturaleza y régimen jurídico”, *Temas Laborales*, núm. 36, 1995, pp. 81-116.
- FONT de MORA SAÍNZ, P.; PALOMO ZURDO, R. J.; ARIAS GONZÁLEZ, A. y REY PAREDES, V.: *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- FUENTE LAVÍN, M. de la: “Razón Financiera frente a Razón Social: la Reforma del Sistema Público y el Impulso a la Previsión Privada de Pensiones”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1998, pp. 865-923.
- “¿Son cotizables las aportaciones empresariales a planes de pensiones?”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, pp. 717-728.
- *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Comares, 2006.
- FUENTES QUINTANA, E.; BAREA TEJEIRO, J.; GONZALO GONZÁLEZ, B. y GARCIA DE BLAS, A.: “Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social española”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pp. 20-92.
- FULTZ, E.: “Reforma de las pensiones en los países que van ingresando en la Unión Europea: desafíos, logros y escollos”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, núm. 2, 2004, pp. 3-29.
- GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1999.
- GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

- GALIANA MORENO, J. M. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1987, pp. 393-405.
- GALLARDO MOYA, R.: “Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1991, pp. 472-487.
- GALLEGO LOSADA, R.: “El futuro de la exteriorización de las pensiones privadas”, *Actualidad Financiera*, núm. 12, 2000, pp. 3-14.
- *Sistemas privados de pensiones en las empresas españolas*, Madrid, Dykinson, 2001.
 - *La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid, Fundación MAPFRE Estudios, 2003.
- GARCÍA ARCE, M.^a C. y PRIETO JUÁREZ, J. A.: *Acción social en la empresa*, Madrid, Trotta, 2004.
- GARCÍA BECEDAS, G.: “La Seguridad Social complementaria en España”, en VV. AA.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 17-46.
- “La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. (Análisis de la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1997, pp. 262-269.
 - “Funciones y responsabilidades legales de las Comisiones de Control y sus miembros (sinopsis legislativa a 31.12.2003)”, en VV. AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 263-287.
- GARCÍA BLASCO, J.: “Comentario al artículo 5 del TRLISOS”, en VV. AA. (García Blasco, J. y Monereo Pérez, J. L. dirs. y Val Tena, A. L. de y Moreno Vida, M.^a N. coords.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, pp. 101-106.
- GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Algunos puntos críticos sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de la negociación colectiva”, *Actualidad laboral*, núm. 3, 2000, pp. 691-698.
- GARCÍA de BLAS, A.: “Seguridad Social y crisis económica en España”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1984, pp. 60-68.
- GARCÍA de QUEVEDO RUIZ, J. C. y PLAZA SALAZAR, J. R.: “Los regímenes privados de previsión social en el contexto de la Unión Europea”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2629, 1999, pp. 43-60.
- GARCÍA de QUEVEDO RUIZ, J. C. y PAZ CARBAJO, J. A. de: “Previsión complementaria en España. Situación actual”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2738, 2002, pp. 7-20.
- GARCÍA de PAREDES, M.^a L.: “Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1994, pp. 615-637.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1988, pp. 1289-1296 y 1345-1351.
- *Los acuerdos de empresa*, Madrid, Comité Económico y Social, 1998.
 - “El espacio de las pensiones privadas”, en VV. AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 161-218.

- GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: “Comentario al artículo 4.1.c) del TRLRFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 175-210.
- GARCÍA NINET, J. I.: “Acerca de lo que pretende el “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social” en materia de jubilación parcial y contratos de relevo”, *Tribuna Social*, núm. 188-189, 2006, pp. 5-9.
- GARCÍA ORTUÑO, F.: *Seguros privados y Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1976.
- GARCÍA VALVERDE, M.^a D.: “Impugnación de los convenios colectivos. Reflexiones jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, núm. 140-141, 2002, pp. 11-21.
- *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social español*, Granada, Comares, 2003.
- GARCÍA VALVERDE, M.^a D. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. P.: “El envejecimiento de la población: una realidad necesitada de atención”, *Tribuna Social*, núm. 179, 2005, pp. 9-18.
- GARCÍA VIÑA, J.: “De nuevo sobre el derecho de los trabajadores a rescatar los fondos internos de pensiones”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2003, pp. 21-33.
- “¿Planes de pensiones o mejoras voluntarias de la Seguridad Social? Análisis de la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo sobre este tema”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2004, pp. 28-35.
 - “Los fondos de pensiones. Comentario a la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y a la supervisión de los fondos de pensiones de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 52, 2004, pp. 97-118.
 - *Los planes y fondos de pensiones. Elementos clave de previsión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Desplazamiento de trabajadores y pensiones complementarias. Comentario a la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 27, 2000, pp. 159-165.
- GETE CASTRILLO, P.: “La disponibilidad convencional incondicionada de las pensiones privadas, un factor de inseguridad previsional”, en VV. AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 267-278.
- “La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la reforma interminable del sistema de la Seguridad Social”, en VV. AA.: *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 1997, pp. 405-455.
 - “La protección social voluntaria en la negociación colectiva sectorial de 1997”, en UGT: *Anuario de negociación colectiva 1997*, Madrid, 1998, pp. 267-289.
- GHILARDUCCI, T.: *Labor's capital. The economics and politics of private pensions*, Cambridge (Massachusetts), The MIT Press, 1992.

- “The many faces of American Union Pensions Plans”, en VV. AA. (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives on supplementary pensions: actors and issues*, Wesport (Connecticut), Quorum Books, 1996, pp. 97-113.
 - “Small Benefits, Big Pension Funds, and How Governance Reforms Can Close the Gap” en VV. AA. (Fung, A.; Hebb, T. y Rogers, J. eds.): *Working Capital. The Power of Labor’s Pensions*, Nueva York, Cornell University Press, 2001, pp. 158-180.
- GIL PLANA, J. y MARTÍN MANZANERO, V.: “Compromisos por pensiones: derechos en curso de adquisición y disponibilidad”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, pp. 67-85.
- GIL SUÁREZ, L.: “La descentralización productiva y la Seguridad Social”, en VV. AA.: *Descentralización productiva*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 123-158.
- GIL y GIL, J. L.: “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y el artículo 44 ET”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2001, pp. 299-320.
- GILLION, C.: “Desarrollo y reforma de las pensiones de seguridad social: el enfoque de la Oficina Internacional del Trabajo”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 1, 2000, pp. 41-73.
- GILLION, C. y BONILLA, A.: “La privatización de un régimen nacional de pensiones: El caso chileno”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 111, núm. 2, 1992, pp. 193-221.
- GONZÁLEZ de FRUTOS, P. y GARCÍA de QUEVEDO RUIZ, J. C.: “Regulación del sector seguros y planes de pensiones”, *Información Comercial Española*, núm. 801, 2002, pp. 51-67.
- GONZÁLEZ i CALVET, J.: “La reforma de la seguridad social (o sobre la Teoría a propósito de un debate)”, *Mientras Tanto*, núm. 33, 1988, pp. 33-70.
- “Reforma y futuro del sistema de protección social”, *Mientras Tanto*, núm. 67, 1996-1997.
 - “Economía, demografía y sistema de protección social en España”, en VV. AA. (Cardenete Flores, M. A. ed.): *Las prestaciones sociales en el umbral del siglo XXI*, Huelva, Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, 1999, pp. 133-184.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los planes y fondos de pensiones desde la perspectiva laboral”, *Temas Laborales*, núm. 14, 1989, pp. 90-103.
- “Planes y Fondos de Pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 102/1991 de 3 de julio”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pp. 488-513.
 - “La empresa y los regímenes complementarios de las pensiones de la Seguridad Social”, *Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social*, núm. 2, 1994, pp. 9-26.
 - “La discriminación por razón de la edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 93-124.
 - “Pensiones complementarias”, en VV. AA.: *Jornadas Pensiones: presente y futuro*, Oviedo, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005, pp. 173-194.
- GONZÁLEZ RABANAL, M.^a de la C.: “La crisis de la Seguridad Social en el marco de la Constitución”, *Revista de Política Social*, núm. 148, 1985, pp. 63-90.
- GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: “El sindicalismo ante las Mutualidades de previsión social y los Fondos de Pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 24, 1984, pp. 127-158.

- “Crisis económica y crisis de la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo*, núm. 78, 1985, pp. 9-24.
- GONZALO GONZÁLEZ, B.: “La Seguridad Social y la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Noticias/CEE*, núm. 36, 1986, pp. 83-92.
- “Pensiones públicas y fondos de pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de pensiones*, Barcelona, Ariel, 1989.
 - “Las funciones de la iniciativa privada de la Seguridad Social española: antecedentes, situación y previsiones”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 50, 1990, pp. 861-891.
 - “Comentarios a la nueva legislación sobre previsión social complementaria”, *Documentación Laboral*, núm. 37, 1992, pp. 35-70.
 - *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, Madrid, Comité Económico y Social, 1995.
 - “Garantía pública de las pensiones privadas de Seguridad social complementaria: la no transposición de la Directiva 80/987/CEC, y las posibilidades para su aplicación judicial inmediata o directa”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, pp. 213-225.
 - “El debate actual para la reforma de las pensiones”, *Temas Laborales*, núm. 40, 1996, pp. 87-123.
 - “La Seguridad Social en la encrucijada: entre los saldos del “Estado del bienestar””, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1996, pp. 396-405.
 - “Globalización económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del euro”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pp. 173-186.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid, Civitas, 1999.
- “La protección complementaria”, en RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 7.^a ed., 2005, pp. 637-672.
- GOUGH, O.: “Why do employees, particularly women, reject occupational pension schemes?”, *Employee Relations*, núm. 5, 2004, pp. 480-494.
- GRANDI, M.: “Previdenza integrativa e previdenza privata (con particolare riferimento al settore del credito)”, *Il Diritto del Lavoro*, Tomo I, 1990, pp. 95-112.
- GUERRERO CASAS, F. M.^a y LUCAS LEÓN, G.: “Planes de Pensiones, actividad económica y mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 35, 1995, pp. 101-113.
- GURVITCH, G.: *La idea del Derecho social*, Edición, Traducción y Estudio Preliminar “La idea del “Derecho Social” en la Teoría General de los derechos: el pensamiento de Gurvitch” a cargo de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de contratas y subcontratas (Comentario a la STS 4.^a 16 de septiembre de 1999)”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2000, pp. 831-834.
- HEMMING, R.: “¿Las pensiones públicas deben ser capitalizadas?”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 52, núm. 2, 1999, pp. 3-35.
- HEPPLE, B. y MUMGAARD, K.: “Pension rights in business transfers”, *Industrial Law Journal*, núm. 4, 1998, pp. 309-324.

- HERCE, J. A.: “Fondos de pensiones: comparación internacional y desarrollos recientes en España”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 37, 1988, pp. 51-77.
- “El movimiento demográfico español: aspectos económicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 6, 1992, pp. 53-66.
- HERCE SAN MIGUEL, J. A. y ALONSO MESEGUER, J.: *La reforma de las pensiones ante la revisión del Pacto de Toledo*, Barcelona, La Caixa, 2000.
- HERRERO ALARCÓN, F.: “La otra exteriorización de compromisos de previsión de Telefónica: seguro colectivo y rescate”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2006.
- HERVEY, T. K.: “Legal Sigues concerning the Barber protocol”, en O’KEEFFE, D. y TWOMEY, P.: *Legal issues of the Maastricht Treaty*, Wiley, Chancery, 1994.
- HOLZMANN, R.: “El enfoque del Banco Mundial respecto de la reforma de las pensiones”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 1, 2000, pp. 13-39.
- HORNEDO MUGUIRO, A.: “Los Planes de Empleo. Régimen Transitorio”, en VV. AA. (Navas Olóriz, J. ed.): *Los Planes y Fondos de Pensiones. Aspectos económicos, actuariales y jurídicos*, Madrid, Economistas, pp.115-122.
- HUERTA de SOTO, J.: “Experiencias internacionales sobre la crisis de la Seguridad Social y el papel de los planes de pensiones privados en su reforma”, *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 125, 1985, pp. 327-378.
- IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.
- IZZI, D.: “I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell’ordinamento comunitario”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 63-83.
- JAMES, C.: “Los Fondos de Pensiones: el fracaso de la previsión privada”, *Temas Laborales*, núm. 3, 1985, pp. 9-33.
- JAMES, E.: “Proveer una mejor protección y facilitar el crecimiento: una defensa de *Envejecimiento sin crisis*”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 46, núm. 3, 1996, pp. 3-25.
- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.: “Consideraciones en relación con las reformas de los sistemas de pensiones en Iberoamérica”, en VV. AA. (López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. eds.): *El Estado del bienestar: Modelos y líneas de reforma*, Alzira, Germania, 2005, pp. 17-40.
- JOHNSON, N.: *El Estado de Bienestar en transición. La teoría y la práctica del pluralismo de bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.
- KRÄTKE, M.: “Les marchés financiers dans le capitalisme contemporain” en VV. AA.: *Capitalisme: quoi de neuf?*, Paris, Syllepse, 2002, pp. 71-82.
- LA CASA GARCÍA, R.: *Los fondos de pensiones*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- *Contrato de seguro y previsión social complementaria en el ámbito laboral*, Madrid, Mapfre, 2000.

- LANGLOIS, PH.: “La révision des accords collectifs de retraite après le jugement du Tribunal de grande instance de Paris 28 mars 1995”, *Droit Social*, núm. 7-8, 1995, pp. 696-701.
- LAROQUE, PH.: “L’impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française”, *Droit social*, núm. 11, 1997, pp. 961-968.
- LEONE, G.: “Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 90, 2001.
- LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, La Ley, 1999.
- LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: “La Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: su contenido y adaptaciones recientes en la legislación española”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2000, pp. 69-84.
- “Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas”, en VV. AA. (Rivero Lamas, J. dir. y Val Tena, A. L. de coord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el “outsourcing”*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 125-162.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998.
- “La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 7, 1998, pp. 137-181.
 - “Pensiones privadas y Seguridad Social: una controvertida relación”, en VV. AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 219-242.
 - “Concentración empresarial y compromisos por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta de los grupos de empresas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 209-210, 2000, pp. 3-66.
 - “Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, SA”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 32, 2001, pp. 183-199.
 - “Comentarios al Real Decreto Legislativo 1/02, de 29 de noviembre, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones”, *iustel.com, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, 2003.
- LÓPEZ CUMBRE, L. y VILLA GIL, L. E. de la: “La externalización de los premios de jubilación”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, pp. 99-141.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: “Los niveles complementarios de Seguridad Social: la aplicación de los conceptos básicos y del principio de igualdad”, *Actualidad Laboral*, Tomo II, 1995, pp. 303-314.
- “Las reformas pactadas de la Seguridad Social. Balance de los Acuerdos entre los sindicatos y el Gobierno sobre protección social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 8, 1999, pp. 227-232.
 - “El Acuerdo para la mejora y desarrollo del Sistema de Protección Social. La renovación del Pacto de Toledo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 14, 2001, pp. 25-55.
 - *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
 - *Las Mutuas y la gestión de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2006.

- *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.^a A.: “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pp. 31-64.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Crisis económica y Estado de Bienestar. Últimas reformas del Sistema Público de Pensiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, pp. 75-98.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C.: “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en VV. AA.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 227-242.
- LÓPEZ GARCÍA, M. A.: “La economía de las pensiones de la Seguridad Social: una introducción”, en VV. AA. (López García, M. A. comp.): *La Economía del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 11-69.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: “La participación retributiva de los trabajadores en la empresa” en VV. AA. (Aparicio Tovar, J. coord.): *Estudios sobre el salario*, Albacete, Bomarzo, 2004, pp. 53-86.
- LUQUE PARRA, M.: “La insolvencia de los Planes y Fondos de Pensiones: Adaptación de la normativa interna a la Directiva 80/987/CEE, tras la promulgación de la Ley 30/1995”, en VV. AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 419-449.
- “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios”, en VV. AA. (Rey Guanter, S. del dir. y Luque Parra, M. coord.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 267-302.
- LYON-CAEN, G.: *La prévoyance*, Paris, Dalloz, 1994.
- MALDONADO MOLINA, F. J.: *Las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras*, Granada, Comares, 2001.
- MALDONADO MOLINA, J. A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 3.^a ed., 2002.
- MANRIQUE LÓPEZ, F.: “La Seguridad Social complementaria en el nuevo diseño de una Seguridad Social en transformación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986, pp. 389-402.
- “Crisis de la Seguridad Social y los Fondos de Pensiones”, *La Ley*, núm. 1, 1987, pp. 1066-1072.
 - “Examen de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones”, *La Ley*, núm. 4, 1987, pp. 912-920.

- MANSILLA, F.: “Fondos de pensiones y seguro”, en VV. AA.: *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2.ª ed., 1989, pp. 159-200.
- MARCOS CARDONA, M., *Tributación de los planes y fondos de pensiones*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003.
- MARQUEZ PRIETO, A.: *Seguridad social y protección social: un enfoque conceptual*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002.
- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y Clase Social*, Madrid, Alianza, 1998.
- MARTÍN BERNAL, J. M.: *Seguridad Social, fondos y planes de pensiones y Mutualidades de previsión social (Ley 30/1995, de 8 de noviembre)*, Madrid, Dykinson, 1997.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Complementos de pensiones de jubilación, suspensión de pagos y convenio colectivo (Comentario a la STS 4ª de 25 de febrero de 1999)”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1999, pp. 830-836.
- *El salario en especie*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1970.
- “El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Seguridad Social)*, núm. 4, 1997, pp. 43-60.
 - “Comentario al artículo 42 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, pp. 521-529.
 - “Jurisprudencia social sobre planes y fondos de pensiones” en VV. AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 11-29.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 13.ª ed., 2004.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Derecho administrativo económico (I)*, Madrid, La Ley, 1991.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: “La protección social en los convenios colectivos extraestatutarios”, en VV. AA. (Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J, J, dirs.): *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 325-376.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre Empresas*, Madrid, CONFEMETAL, 1998.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: “La descentralización productiva en el Ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas”, en VV. AA.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, pp. 599-626.
- MARTÍNEZ NOVAL, L.: “Pensiones: en defensa del sistema de reparto”, en VV. AA. (Garde, J. A. ed.): *Informe 2000. Políticas sociales y Estado de Bienestar en España*, Madrid, Fundación Hogar del Empleado, 2000, pp. 189-223.

- MASTRANGELI, F. D.: “Instituzione delle forme pensionistiche complementari (Art. 3)”, *Nuove Leggi Civili Commentate*, núm. 1, 1995, pp. 141-183.
- MATEU CARUANA, M.^a J.: “Los fondos de pensiones como instrumento de protección social, fuera del alcance de las reglas comunitarias de la libre competencia de mercado. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de septiembre de 1999”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 27, 2000, pp. 223-233.
- MATEU ROS CEREZO, R.: “Planes y fondos de pensiones: Régimen jurídico social (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núms. 40 y 41, 1988, pp. 2333-2339 y 2393-2406.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicable)*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- MEILÁN GIL, J. L.: *El mutualismo laboral: un estudio jurídico*, Madrid, Centro Superior de Investigaciones Científicas, 1963.
- MENGER, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo (El Estado Socialista)*, Edición y Estudio preliminar “Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger” a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2004.
- MERAYO RAMOS, M.: “La perspectiva de UGT ante la Ley y el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones”, en VV. AA. (Navas Olóriz, J. ed.): *Los Planes y Fondos de Pensiones. Aspectos económicos, actuariales y jurídicos*, Madrid, Economistas, pp. 55-68.
- MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La Incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: “La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez”, en (Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, J. I. dirs. y Moreno Vida, M.^a N. y Vicente Palacio, A. coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, Comares, 2004, pp. 827-861.
- MERCADER UGUINA, J. R. y PORTELLANO DÍEZ, P.: “La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1997, pp. 1155-1195.
- MERCADER UGUINA, J. R. y SUÁREZ CORUJO, B.: “Participación de los trabajadores en los planes de pensiones del sistema de empleo (Comisión promotora y de control)”, en VV. AA. (Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J. R. coords.): *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004, pp. 717-744.
- MESA-LAGO, C.: “La reforma estructural de las pensiones de seguridad social en América latina: modelos, características, resultados y lecciones”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 54, núm. 4, 2001, pp. 77-103.
- MICHAS BEGUERIE, S.: “Régimes privés de retraites complémentaires. Essai de comparaison des systèmes allemand, anglais et français dans une perspective communautaire”, *Droit Social*, núm. 5, 1996, p. 525.
- *Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne*, Paris, LGDJ, 1998.

- MICHAVILA NÚÑEZ, J. M.^a: “Principios institucionales de los Planes y Fondos de Pensiones (Estudio sobre las disposiciones generales de la Ley 8/87 de Planes y Fondos de Pensiones)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 34, 1989, pp. 341-363.
- “Naturaleza y tipología de los planes de pensiones”, en VV. AA. (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de pensiones*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 49-67.
- MILLÁN PEREIRA, J. L.: “La “crisis financiera” de las pensiones públicas: la rebelión de los argumentos” en VV. AA. (Torres López, J. coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 79-107.
- MISHRA, R.: *El Estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: *La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI. Estudio económico-actuarial*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.
- MOLINA GARCÍA, M.: “Las Mutualidades de Previsión Social en la nueva Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Aspectos procesales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 77, 1996, pp. 491-511.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *El Derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, Madrid, Ibidem, 1997.
- “Estado y mercado en la nueva política del Derecho en materia de pensiones”, en VV. AA. (Cardenete Flores, M. A. ed.): *Las prestaciones sociales en el umbral del siglo XXI*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999, pp. 185-236.
 - “El “último” capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 221-222, 2001.
 - “La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: la doctrina legal ¿zanja o relanza la polémica?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 229, 2002, pp. 3-64.
 - “El Estado social autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones”, *Temas Laborales*, núm. 69, 2003, pp. 9-33.
- MONASTERIO, C. y SUÁREZ, J.: “Gasto social en pensiones”, *Hacienda Pública Española*, núm. 120-121, 1992.
- MONEREO PEREZ, J. L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 21, 1985, pp. 83-119.
- *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
 - “Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 40 y 41, 1989, pp. 587-652 y 53-106.
 - “Notas sobre la caracterización jurídica de los planes privados de pensiones (en especial de los planes del sistema de empleo)”, *Temas Laborales*, núm. 16, 1989, pp. 69-123.
 - “Instituciones de control y gestión de los Planes y Fondos de Pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1991, pp. 545-599.
 - “El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1991, pp. 9-57.
 - “La posición jurídica de los partícipes en la estructura de gestión y el sistema de adopción de acuerdos en las comisiones de control de los planes y fondos de pensiones”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pp. 1368-1402.

- “El ámbito material de responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1992, pp. 265-309.
- *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid, Ibidem, 1994.
- *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Comité Económico y Social, 1996.
- *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996.
- *Fusión de sociedades y previsión voluntaria en la empresa*, Madrid, Ibidem, 1996.
- *Introducción al nuevo Derecho flexible del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- “La política de pensiones entre Estado y mercado”, en VV. AA. (Torres López, J. coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 23-76.
- “Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias”, en VV. AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 19-209.
- *Los planes de pensiones del sistema de empleo: La incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997.
- *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- “El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (I y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 88 y 89, 1998, pp. 197-223 y 457-483.
- “Comentario al artículo 1.2 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, pp. 27-41.
- *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibidem, 1999.
- “El tratamiento de la relación postcontractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en VV. AA.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000 (XII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 91-246.
- “Planes y Fondos de Pensiones”, en VV. AA. (Villa Gil, L. E. de la dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.ª ed., 2004, pp. 979-1023.
- “La sucesión de empresa (En torno al artículo 44)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pp. 931-950.
- “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2001, pp. 11-52.
- “La reforma negociada del sistema de Seguridad Social”, *Lan Harremanak-Revista de Relaciones laborales*, núm. 5, 2001, pp. 147-201.
- “El derecho a la Seguridad Social”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dres.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524.
- “El derecho a la negociación colectiva”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dres.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 625-683.
- “El Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de “reforma social””, *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003, pp. 47-77.
- “Los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003, pp. 9-32.

- “El marco de referencia: los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 1-43.
- “Comentario a los artículos 1, 2 y 3 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 45-71.
- “Comentario al artículo 4.1.a) del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 72-139.
- “Los planes/fondos de pensiones en España”, iustel.com, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 3, 2003.
- “La protección social complementaria de las pensiones. Los planes privados de pensiones”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, J. I. dirs. y Moreno Vida, M.^a N. y Vicente Palacio, A. coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, comares, 2004, pp. 889-938.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Granada, Comares, 2004.

MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A.: “Comentario al art. 7 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 223-269.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias perspectivas”, *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, pp. 49-62.

- *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Comares, 2002.
- “Comentario al artículo 8 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 283-321.
- “Comentario al artículo 9 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 322-335.
- “Comentario al art. 10 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 336-349.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.^a N.: “Comentario a los artículos 5 y 6 del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 223-269.

- *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

MONEREO PÉREZ, J. L. y VAL TENA, A. L. de: “Comentario a la Disposición Adicional Primera del TRLPFP”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y

- Moreno Vida, M.^a N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 665-741.
- MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre la viabilidad legal de los convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores”, en VV. AA.: *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, ACARL, 1984, pp. 49-68.
- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 6.^a ed., 2005.
- MORALA GÓMEZ, A.: “La nueva regulación de la sucesión de empresas”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2002, pp. 189-206.
- MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.^a: “Planes de Pensiones y principio de igualdad: de la sentencia Bilka a la Directiva 96/97CE”, *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, pp. 119-132.
- “Los Planes y Fondos de Pensiones ante las nuevas formas de organización de la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 245-246, 2003, pp. 15-74.
- MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los planes y fondos de pensiones. Comentarios al reglamento*, Madrid, C.D.N.-Ciencias de la Dirección, 1988.
- MORENO VIDA, M.^a N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1989.
- “La naturaleza jurídica de los pactos sociales”, en VV. AA. (Ojeda Avilés, A. coord.): *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 75-84.
 - “Comentario al art. 83 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, pp. 875-893.
 - “Comentario y reseña crítica de jurisprudencia sobre los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, pp. 63-80.
 - *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal. Estudio del Ordenamiento interno y comunitario*, Granada, Comares, 2005.
- MORÓN PRIETO, R.: “La regulación comunitaria de la contratación temporal (Comentario a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada)”, *Temas Laborales*, núm. 55, 2000, pp. 131-168.
- MORVAN, P.: “Protection sociale d’entreprise: droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration”, *Droit Social*, núm. 3, 2006, pp. 279-288.
- MUNNELL, A. H.: *Aspectos económicos de los planes privados de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- MUNNELL, A. H. y SUNDEN, A.: *Comming Up Short. The challenge of 401 (k) plans*, Washington. D. C., Brookings Institution Press, 2004.

- MUÑOZ RUIZ, A. B.: “Las percepciones extrasalariales en la negociación colectiva”, en VV. AA. (Escudero Rodríguez, R. coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 471-485.
- MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R.: “Introducción: Economía de mercado y Estado de Bienestar”, en VV. AA.: *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 23-79.
- “Retos y restricciones del Estado de Bienestar en el cambio de siglo”, en VV. AA.: *El Estado de Bienestar en el cambio de siglo*, Madrid, Alianza, 2000, pp. 17-108.
- MUÑOZ de BUSTILLO LLORENTE, R. y ESTEVE MORA, F.: “La economía básica de las pensiones de jubilación”, *Hacienda Pública Española*, núm. 132, 1995, pp. 213-223.
- “La crisis del sistema público de pensiones: ¿un problema de eficiencia?”, en VV. AA. (Ochando, S.; Salvador, C. y Tortosa, M.^a A. eds.): *El sistema público de pensiones: presente y futuro*, Alzira, Germania, pp. 105-151.
- MUSGRAVE, R. A.: “Una reevaluación de la financiación de la Seguridad Social”, en VV. AA. (López García, M. A. comp.): *La Economía del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pp. 151-189.
- NANÌ, L.: “Parità di trattamento previdenziale fra lavoratori e lavoratrici nella giurisprudenza comunitaria: ragioni economiche e sociali”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 1, 1997.
- NIKONOFF, J.: *La Comédie des fonds de pension*, Paris, Arléa, 2.^a ed., 2000.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M.; LÓPEZ CUMBRE, L. y MORÓN PRIETO, R.: “El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias, en materia de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 12, 1998, pp. 133-180.
- OCHANDO CLARAMUNT, C.: *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1.^a ed., 1999.
- “Una evaluación de las reformas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, núm. 2, 2004, pp. 31-53.
- “Reformas estructurales de los sistemas de seguridad social en América Latina durante la década de los noventa”, en VV. AA. (López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. eds.): *El Estado del bienestar: Modelos y líneas de reforma*, Alzira, Germania, 2005, pp. 87-118.
- O’CONNOR, J.: *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, Península, 1981.
- OFFE, C.: *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza, 1990.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho sindical*, Madrid, Tecnos, 8.^a ed., 2003.
- “Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994, pp. 1377-1393.
- OLARTE ENCABO, S.: “Comentario al artículo 86 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, pp. 936-945.
- OLARTE ENCABO, S. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Comentario al artículo 14 del TRLRFP”, en VV. AA. Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a

- N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003, pp. 391-422.
- OLLER ARIÑO, J. L. y SEGURA RODA, F.: “Una visión liberal de las pensiones”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pp. 307-316.
- OLMO GASCÓN, A. M.: *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Granada, Comares, 2002.
- ORDEIG FOS, J. M.ª: “Mutualidades de previsión social y planes y fondos de pensiones: órdenes jurisdiccionales competentes (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núms. 38 y 39, 1993, pp. 669-689 y 691-713.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1999.
- ORELLANA CANO, A. M.ª: “La jubilación en los Planes de pensiones (Reforma introducida por la Ley 24/2001 de 27 diciembre e incidencia de la Ley 35/2002 de 12 de julio). Julio 2002”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho de la Seguridad Social)*, núm. 39, 2002, pp. 39-57.
- “Contingencias protegidas y prestaciones de los compromisos por pensiones”, en VV. AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 175-260.
- PALIER, B. y BONOLI, G.: “La montée en puissance des fonds de pension: une lecture comparative des réformes des systèmes de retraite, entre modèle global et cheminements nationaux”, *L'année de la régulation*, Vol. 4, 2000.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho Sindical Español*, Madrid, Tecnos, 6.ª ed., 1994.
- “Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución”, en VV. AA.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 303-336.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ de la ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ramón Areces, 13.ª ed., 2005.
- PANDOLFO, A.: “La nuova cornice legislativa della previdenza complementare”, *Diritto & Pratica del Lavoro*, núm. 35, 1993, pp. IX-XVIII.
- “Transferimento e riscatto della posizione individuale”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 307-320.
- PANIZO ROBLES, J. A.: “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia) (I)”, *Tribuna Social*, núm. 190, 2006, pp. 11-27.
- PAOLO, R.: “Reflexiones críticas sobre los Principios e instrumentos del “Estado de bienestar” con referencias al caso italiano”, en VV. AA.: *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 125-148.
- PARRA MARTÍN-URDA, D.: “La implantación en España del Sistema de Fondos de Pensiones”, en VV. AA. (Navas Olóriz, J. ed.): *Los Planes y Fondos de Pensiones. Aspectos económicos, actuariales y jurídicos*, Madrid, Economistas, pp. 9-24.
- PELÁEZ FERMOSE, F. J. y GARCÍA GONZÁLEZ, A.: *Los planes y fondos de pensiones: un análisis financiero-actuarial*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004.

- PEREDA MATEOS, A. de: *Hacia un nuevo sistema de Seguridad Social*, Madrid, 1983.
- PÉREZ de los COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994.
- PÉREZ de los COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: “Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones. Comentario a la STSJ Madrid de 22 febrero (AS 2001, 779)”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2001, pp. 461-475.
- PÉREZ del RÍO, T.: “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en VV. AA. (Cruz Villalón, J. y Pérez del Río, T. coords.): *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 87-119.
- PÉREZ PÉREZ, M.: “La reforma de la Seguridad Social complementaria” en VV. AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 321-346.
- PERRIN, G.: “Estudios previos a la reforma de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 1, 1979, pp. 9-23.
- PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social*, Traducción y Estudio Preliminar a cargo de José Vida Soria, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.
- *Diritto della previdenza sociale*, Padua, CEDAM, 2006.
- PESSI, R.: *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padua, CEDAM, 1997.
- PICARD, P.: “Retraite par répartition ou par capitalisation: la fin de la guerre de religion”, *Droit Social*, núm. 4, 1986, pp. 341-344.
- PICCININNO, V.: “La previdenza complementare in Italia”, en VV. AA. (Loy, G. y Loi, P. dirs.): *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, Ediesse, 2004, pp. 197-225.
- PICÓ, J.: *Teorías sobre el Estado del Bienestar*, Madrid, Siglo XXI, 1987.
- PIÑERA, J. y WEINSTEIN, A.: *Una propuesta de reforma del sistema de pensiones en España*, Madrid, Círculo de Empresarios, 1996.
- PIÑEYROA de la FUENTE, A. J.: “La problemática financiera de la Seguridad Social española. Notas económicas sobre una cuestión de pasado, presente y futuro”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, pp. 639-658.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A.: “Otra inversión de tendencias en la Seguridad Social: de la solidaridad al egoísmo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1992, pp. 821-830.
- PLAZA SALAZAR, J. R. y GARCÍA de QUEVEDO RUIZ, J. C.: “Apuntes sobre el funcionamiento del sistema de planes de pensiones”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2659, 2000, pp. 7-21.
- POLANY, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, La Piqueta, 1989.
- POLLARD, D.: “Pensions and Tupe”, *Industrial Law Journal*, núm. 2, 2005, pp. 127-157.

- POMARÓN BAGÜES J. M.: “Los Planes de Pensiones del sistema de empleo y las entidades de previsión social”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1987, pp. 1128-1139.
- PORFIRIO, 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, 1989, pp. 13-72.
- POVEDA DÍAZ, A.: “Los sistemas complementarios de pensiones: marco internacional y su regulación en España”, *Información Comercial Española*, núm. 630-631, 1986, pp. 87-97.
- PONZANELLI, G.: “Forma giuridica e controlli in tema di fondi pensione: la soluzione americana e il Diritto italiano”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 3, 1993, pp. 483-495.
- PRADAS MONTILLA, R.: “Planes y Fondos de Pensiones: evolución de su normativa reguladora”, *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999, pp. 5-25.
- PRÉTOT, X.: “La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais”, *Droit Social*, núm. 1, 2000, pp. 106-110.
- PUEBLA PINILLA, A. de la; SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.^a de y SUÁREZ CORUJO, B.: “La protección social complementaria en la negociación colectiva”, en VV. AA. (Escudero Rodríguez, R. coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 487-509.
- PUEBLA PINILLA, A. de la y PÉREZ YÁÑEZ, R.: “El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2006, pp. 81-114.
- QUEISSER, M.: “La reforma de las pensiones de jubilación y las organizaciones internacionales: de la crítica a la convergencia”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 2, 2000, pp. 35-52.
- QUESADA SÁNCHEZ, F. J.: *Planes y Fondos de Pensiones: Estudio contable y financiero*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1989.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *Los convenios colectivos irregulares*, Madrid, Comité Económico y Social, 1999.
- *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Madrid, Civitas, 2003.
- QUINTERO LIMA, M.^a G.: “Las expectativas de derechos en la protección social complementaria española”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, pp. 263-298.
- RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Edición y Estudio Preliminar La Filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 1999.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y ALFONSO MELLADO, C. L.: *El salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- RAMÍREZ MEDINA, E.: “Fiscalidad de los sistemas de previsión social empresarial”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 56, 1996, pp. 66-82.

- REGA RODRÍGUEZ, A. L.: “Las mejoras voluntarias pactadas en los convenios colectivos”, en VV. AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 297-309.
- REGUERO CELADA, J.: “Aspectos jurídico-laborales de los Planes y Fondos de pensiones”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, pp. 226-262.
- REINHARD, H.-J.: “La reforma de las pensiones en Alemania”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2003, pp. 101-119.
- REY GUANTER, S. del: “Autonomía individual y autonomía colectiva; algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 77, 1996, pp. 425-445.
- “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET”, *Temas Laborales*, núm. 61, 2001, pp. 329-346.
- REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: “Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 62, 1993, pp. 867-914.
- “Protección social y negociación colectiva”, en VV. AA. (López López, J. coord.): *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 251-304.
- REYNAUD, E.: “Les grandes tendances de la retraite complémentaire en France”, *Revue française des Affaires sociales*, núm. 3, 1994.
- “Financiamiento de las jubilaciones: reparto y capitalización en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 48, núm. 3-4, 1995, pp. 49-68.
 - “Les fonds de pension et l’avenir des retraites en France”, *Droit Social*, núm. 9-10, 1995, pp. 801-807.
 - “Introduction”, en VV. AA. (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives on supplementary pensions: actors and issues*, Wesport (Connecticut), Quorum Books, 1996, pp. 3-6.
 - “L’avenir des retraites en débat”, *Chronique Internationale de l’IRES*, núm. 48, 1997, pp. 5-16.
 - “Las jubilaciones en la Unión Europea: adaptación a las evoluciones económicas y sociales”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 51, núm. 1, 1998, pp. 49-68.
- REYNAUD, E. y APROBERTS, L.: “Preface”, en VV. AA. (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives on supplementary pensions: actors and issues*, Wesport (Connecticut), Quorum Books, 1996.
- RIVERA SAGANTA, J.: “El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado de Bienestar”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 5, 2001, pp. 35-48.
- RIVERO LAMAS, J.: “Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pp. 313-339.
- “Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núms. 8 y 9, 1988, pp. 389-399 y 461-472.
 - “Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo”, *Documentación Laboral*, núm. 53, 1997, pp. 15-48.

- “Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo)*, núm. 3, 1997, pp. 93-120.
 - “Comentario al artículo 88 ET”, en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, pp. 958-964.
 - “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en VV. AA. (Rivero Lamas, J. dir. y Val Tena, A. L. de coord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el “outsourcing”*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 23-62.
- RODRÍGUEZ BEA, E. y ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Diversas líneas de actuación legislativa en las recientes reformas de nuestro sistema de la Seguridad Social”, en VV. AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 39-52.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G.: “Fundamentos teóricos de la política social”, en VV. AA. (Moreno, L. y Pérez, M. comps.): *Política social y Estado del bienestar*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992, pp. 21-44.
- “Integración, asistencialización y exclusión en el Estado de Bienestar”, en AA. VV.: *La larga noche neoliberal*, Madrid, Icaria, 1993, pp. 271-283.
 - “La reforma del sistema público de pensiones en España”, *Documentos de Trabajo (CSIC. Unidad de Políticas Comparadas)*, núm. 13, 2002.
 - *El Estado del Bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Madrid, Fundamentos, 2004.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L.: “Balance y perspectivas de futuro de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005, pp. 75-109.
- RODRÍGUEZ GUERRA, J.: *Capitalismo flexible y Estado de Bienestar*, Granada, Comares, 2001.
- RODRÍGUEZ MOLERO, A.: “¿Crisis de las Mutualidades de Previsión Social?”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 1990, pp. 119-128.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La Seguridad Social ante la crisis económica”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pp. 139-154.
- “Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1988, pp. 3-10.
 - “Igualdad de género y políticas comunitarias”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pp. 63-72.
 - “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, pp. 645-673.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en VV. AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 267-287.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E.: “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado

- de trabajo “para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2001, pp. 41-58.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: *Las Empresas de Trabajo Temporal en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- ROMANO, S.: *Fragments de un Diccionario Jurídico*, Granada, Comares, 2002.
- ROMERO BURILLO, A. M.^a: “La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada o libre”, en VV. AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 279-296.
- “El régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones en Italia”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2000, pp. 1165-1189.
 - *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
 - “El nuevo régimen jurídico de los planes de pensiones del sistema de empleo tras la Ley 24/2001 de 27 de diciembre”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, pp. 25-46.
 - “Los planes de pensiones del sistema de empleo: un análisis jurisprudencial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 253, 2004, pp. 81-116.
 - “El nuevo reglamento de planes y fondos de pensiones: ¿hacia la consolidación de los planes de pensiones del sistema de empleo?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004, pp. 71-101.
- ROSANVALLON, P.: *La crisis del Estado providencia*, Madrid, Civitas, 1995.
- *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*, Buenos Aires, Manantial, 1995.
- ROSS, S.: “Doctrina y práctica en la reforma de las pensiones de seguridad social”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 53, núm. 2, 2000, pp. 3-33.
- RUBIO LARA, M.^a J.: *La formación del Estado Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.
- RUIZ BARBADILLO, E.: “Determinantes sociopolíticos en la emisión de la norma referida a las provisiones para pensiones”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 85, 1995, pp. 1061-1115.
- SÁENZ de JUBERA ÁLVAREZ, P.: *Aspectos económicos de los planes y fondos de pensiones. Una especial referencia a la normativa española*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1991.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Las condiciones de trabajo en los convenios colectivos y el principio de la no discriminación (I y II)”, *Actualidad Laboral*, Tomo II, 1987, pp. 2457-2471 y 2505-2514.
- “Algunas notas sobre la crisis del régimen público de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 87, 1998, pp. 21-37.
- SALA FRANCO, T.: “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2005.
- SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 9.^a ed., 2003.

- SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C. y PEDRAJAS MORENO, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- SALA FRANCO, T.; BLASCO PELLICER, A. y LATÉS TARREGA, J. A.: *La negociación colectiva en el empleo público*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- SALVADOR CIFRE, C.: “Niveles de cobertura y garantía de seguridad económica”, en VV. AA. (Ochando, C.; Salvador, C. y Tortosa, M.^a A. eds.): *El sistema público de pensiones: presente y futuro*, Alzira, Germania, pp. 105-151.
- SALVADOR PÉREZ, F.: “Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 43, 1990, pp. 513-531
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “Delimitación y notas características de los planes de pensiones”, en VV. AA.: *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2.^a ed., 1989, pp. 13-34.
- *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1991.
- SÁNCHEZ FIERRO, J.: “La financiación de la Seguridad Social y el Pacto de Toledo: Desarrollo legislativo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Seguridad Social)*, núm. 4, 1997, pp. 13-33.
- SÁNCHEZ TORRES, E.: “Naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales a los planes y fondos de pensiones”, *Aranzadi Social*, Tomo V, 1997, pp. 407-431.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995.
- “Naturaleza jurídica de los planes y fondos de pensiones y distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas”, en VV. AA. (Alonso Olea, M. y Montoya Melgar, A. dirs.): *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, Tomo XV, 1998.
 - “Compromisos por pensiones: efectos de la excepción de la obligación de externalización”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2001, pp. 17-23
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social”, en VV. AA. (Sempere Navarro, A. dir.): *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1071-1113.
- SANGUINETI RAYMOND, W.: “La defensa de los jubilados y pensionistas frente a las cláusulas convencionales lesivas o ilegales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 14, 2001, pp. 131-147.
- SANTIAGO REDONDO, K. M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, Madrid, Ibidem, 1998.
- *La negociación colectiva en la cumbre (artículo 83.3 ET)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- SANZ ARNAL, E.: “Sistemas de previsión social complementaria”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 56, 1996, pp. 53-65.
- SAUVIAT, C.: “Restructuration et mise en cause des régimes complémentaires de retraite: le cas de United Airlines”, *Chronique internationale de l’IRES*, núm. 95, 2005, pp. 3-16.

- SAUVIAT, C. y PERNOT, J-M.: “Fonds de pension et épargne salariale aux États-Unis: les limites du pouvoir syndical”, *L'Année de la régulation*, núm. 4, 2000, pp. 89-113.
- SCHMITZ, D.: “Asumir la responsabilidad”, en SCHMITZ, D. y GOODIN, R.: *El bienestar social y la responsabilidad individual*, Madrid, Cambridge, 2000.
- SCHULTE, B.: “¿Qué garantías ofrecen los sistemas de Seguridad Social?”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 33, 1987, pp. 125-148.
- SEGALÉS FIDALGO, J.: “Competencias autonómicas en materia de previsión social en el País Vasco”, en VV. AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 311-331.
- “El contenido del principio de no-discriminación en la regulación sobre planes y fondos de pensiones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994, pp. 85-93.
- SEGURA del POZO, C. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Fondos internos de pensiones. Reconocimiento de derechos en el supuesto de extinción anticipada de la relación laboral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 13, 2001, pp. 151-164.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Contratas y subcontratas tras las reforma laboral de 2001”, *Repertorio de Jurisprudencia Arazandi*, núm. 6, 2001, pp. 139-156.
- “Una primera reflexión sobre la jubilación flexible”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, pp. 159-168.
 - “Las prestaciones por muerte y supervivencia en la unificación de doctrina”, *Tribuna Social*, núm. 154, 2003, pp. 45-67.
 - “Perfil general del salario: (un comentario al art. 26 ET)”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2005.
 - “La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo)*, núm. 58, 2005, pp. 151-184.
 - “Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTS y cesión de trabajadores”, en VV. AA. (Sempere Navarro, A. V. y Luján Alcaraz, J. coords.): *La reforma laboral de 2006: Análisis de Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 123-186.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARETA MARTÍNEZ, M.: “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo)*, núm. 48, 2004, pp. 97-133.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y.: “Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 57, 2005, pp. 119-136.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2001, pp. 127-153.
- SENDEN, L.: “La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria”, en VV. AA.: *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 135-153.
- SENRA BIEDMA, R. y LUQUE PARRA, M.: “La movilización y el rescate de las aportaciones consolidadas en un plan y fondo de pensiones. A propósito de la STS de 16 de enero de 2002 y la modificación del artículo 8.8 de la LPFP por la Ley 24/2001”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2002, pp. 15-40.

- SERRANO PÉREZ, F.: “Crisis económica y crisis de la Seguridad Social”, *Información Comercial Española*, núm. 665, 1989, pp. 70-81.
- SERRANO PÉREZ, F.; GARCÍA DÍAZ, M. A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de pensiones*, Barcelona, Ariel, 2004.
- SINGH, A.: “Reforma de las pensiones, mercado de valores, formación de capital y crecimiento económico: un comentario crítico sobre las propuestas del Banco Mundial”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 49, núm. 3, 1996, pp. 27-52.
- SOLER BORDETAS, F. J.: *Fondos de pensiones*, Bilbao, Deusto, 1985.
- SOUSA SANTOS, B. de: *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005.
- STICCO, G.: *I fondi pensione territoriali: realta' o cimera?*, Tesis inédita, 2002.
- SUÁREZ CORUJO, B.: “Las condiciones para la consolidación de los derechos a pensiones privadas como obstáculo a la libre circulación de los trabajadores: ilustración del caso alemán a partir del artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 12, 1998, pp. 97-113.
- “Derecho Social versus Derecho de la Competencia: querencia neoliberal de la jurisprudencia del TJCE. (A propósito de la STJCE 21 de septiembre de 1999, asunto *Albano*)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 32, 2001, pp. 217-234.
 - *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
 - “Derechos consolidados y planes de pensiones. Análisis del régimen jurídico de los derechos consolidados correspondientes a planes de pensiones del sistema de empleo”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2004, pp. 2013-2226.
 - “Planes de pensiones del sistema de empleo y convenios colectivos: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2005, pp. 396-404.
 - “RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones: un nuevo paso en el empeinado intento de fomentar la protección social complementaria”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004, pp. 1073-1096.
 - ¿Previsión social complementaria en las Administraciones Públicas? Cuestión de inconstitucionalidad respecto de la D. F. 2ª Ley de Planes y Fondos de Pensiones: la STC 139/2005, 26 de mayo”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2006, pp. 39-44.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pp. 119-128.
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES: “Instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas españolas. Situación actual y perspectivas”, *Información Comercial Española*, núm. 2606, 1999, pp. 7-17.
- TAMBURI, G.: *L'evoluzione de la protection complémentaire dans le domaine des retraites et la libre circulation des personnes à l'interieur du Marché Unique*, informe presentado en el congreso sobre “Protección social y mercado único”, Università di Tor Vergara, Roma, 15-16 marzo, 1996.
- TAMBURI, G. y CHASSARD, Y.: *Fonds de Pension. Comment font les autres pays*, Paris, Economica, 2002.

- TAMBURI, G. y MOUTON, P.: “El precario deslinde de regímenes privados y públicos de pensiones”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 105, núm. 2, 1986, pp. 145-160.
- TAPIA HERMIDA, A. J.: “La gestión de los fondos de pensiones (un análisis jurídico)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, 1988, pp. 375-428.
- “Seguro colectivo y fondos internos de previsión social (I y II)”, *Actualidad Laboral*, núm. 20, 1994, pp. 295-309 y 311-329.
 - “La segunda prórroga (hasta el 16 de noviembre de 2002) del plazo para exteriorizar los compromisos empresariales por pensiones”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 81, 2001, pp. 206-208.
 - “Los fondos internos de previsión social de las entidades financieras”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 82, 2001, pp. 159-196.
 - “La reforma del régimen de los Planes y Fondos de Pensiones por la Ley 24/2001, de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado para 2002”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2002, pp. 285-289.
 - “Evolución jurisprudencial sobre los fondos internos de previsión social en las entidades de crédito”, *Revista Española de Seguros*, núm. 110, 2002, pp. 261-279.
 - “Las “prejubilaciones” o “jubilaciones anticipadas” en las sucesiones de empresas (Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002, asunto C-164/00)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 232, 2002, pp. 137-150.
 - *Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, Cizur Menor, Aranzadi, 1.ª ed., 2006.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las Directivas 79/7 y 86/378”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2000, pp. 265-289.
- TERWEY, F.: “Una unión social europea: ¿hacia donde tiende su paulatino desarrollo?”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, núm. 1, 2004.
- THEBORN, G.: “Los retos del Estado de Bienestar: la contrarrevolución que fracasa, las causas de su enfermedad y la economía política de las presiones del cambio”, en VV. AA.: *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 81-99.
- TIRADO SUÁREZ, F. J.: “Posición jurídica de los Promotores, Partícipes y Beneficiarios”, en VV. AA.: *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2.ª ed., 1989, pp. 93-110.
- TORAL, R.: “La exteriorización de los compromisos por pensiones”, *Capital Humano*, núm. 139, 2000, pp. 56-58.
- TORRES LÓPEZ, J.: “La estrategia de reforma del sistema público de pensiones: el penúltimo botín” en VV. AA. (Torres López, J. coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 109-154.
- “Estado de Bienestar y Sistemas Públicos de Pensiones: las razones de las crisis”, en VV. AA. (Ochando, C.; Salvador, C. y Tortosa, M.ª A. eds.): *El sistema público de pensiones: presente y futuro*, Alzira, Germania, pp. 43-66.
 - *Desigualdad y crisis económica. El reparto de la tarta*, Madrid, Sistema, 2.ª ed., 2000.
- TORTUERO PLAZA, J. L.: “Viudo no discriminado. Sobre la naturaleza de la protección otorgada por el mutualismo funcional integrado en los fondos especiales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 49, 1991, pp. 833-844.
- “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa”, *Tribuna Social*, núm. 107, 1999, pp. 9-27.

- TORTUERO PLAZA, J. L. y AGUILA CAZORLA, O. del: “Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 54, 2004, pp. 53-79.
- TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Madrid, MAPFRE, 1996.
- TREU, T.: “La previdenza complementare nel sistema previdenziale”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 3-15.
- “Riforme o destrutturazione del Welfare”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 96, 2002, pp. 535-564.
- TURNER, J.: “Cuentas individuales: la lección de Suecia”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, núm. 1, 2004, pp. 75-97.
- TURSI, A.: “Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare”, *Lavoro e Diritto*, núm. 1, 1994, pp. 77-115.
- “L’organizzazione dei fondi pensione in forma asociativa: profili problematici”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 3, 1998, pp. 461-482.
 - “Contrattazione collettiva e previdenza complementare”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2000, pp. 269-301.
 - “Previdenza complementare e trasferimento d’impresa (nota a la STJCE 4 junio 2002)”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 2003, pp. 397-454.
 - “La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche complementari”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 262-292.
- UCELAY REPOLLÉS, M.: *Previsión y seguros sociales*, Madrid, Gráficas González, 1955.
- URRUTIA ELORZA, J. R.: “Hacia un sistema de previsión social privado”, *Ekonomiaz*, núm. 5-6, 1986-87, pp. 369-377.
- USANO CRESPO, D.: “Aspectos críticos de la regulación española”, en VV. AA. (Navas Olóriz, J. ed.): *Los Planes y Fondos de Pensiones. Aspectos económicos, actuariales y jurídicos*, Madrid, Economistas, pp. 25-42.
- VAL ARNAL, J. J. de: “Los fondos internos de pensiones o la Guerra de los Treinta Años. La STS C-A., Sala 3ª, Sección 3ª, de 20 de Abril del 2006 (RJ 2006, 2422). Una Sentencia más que no resuelve el verdadero problema. ¿De quién son las aportaciones del empresario?”, *Aranzadi social*, núm. 11, 2006.
- VAL TENA, A. L. de: “Compromiso por pensión garantizado mediante “fondo interno”: ¿se reconocen derechos adquiridos en el caso de extinción de la relación laboral antes de acceder a la contingencia protegida?”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2003, pp. 15-21.
- *La Exteriorización de los Compromisos por Pensiones: el Régimen Jurídico de la Protección de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
 - “El RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones: ¿un exceso ultra vires?”, *Aranzadi social*, núm. 11, 2006.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactada en convenio colectivo*, Madrid, Comité Económico y Social, 1996.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social (I y II)”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1994, pp. 63-78.
- *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
 - “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva concesiva: los términos de un debate”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pp. 37-49.
 - *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- VALDÉS de la VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- VALERA de la ESCALERA, S.: “Las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, número monográfico, 1987, pp. 355-374.
- VALLE ESTEVE, S. del: “La exteriorización de los compromisos por pensiones con los trabajadores y el personal pasivo”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 74, 2002, pp. 37-52.
- VALLE VILLAR, J. M. del: “Complementos de pensiones en el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros”, *Documentación Laboral*, núm. 21, 1987, pp. 83-123.
- VÁZQUEZ MARISCAL, A.: “La reforma del sistema de pensiones en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 54, 2004, pp. 35-52.
- VEIL, M.: “Allemagne. Les nouveaux habits de la retraite d’entreprise”, *Chronique internationale de l’IRES*, núm. 94, 2005, pp. 43-56.
- VELARDE FUERTES, J.: *El tercer viraje de la Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1990.
- VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- VIANELLO, R.: “Il nuovo campo d’applicazione delle forme pensionistiche complementari di cui al d.lgs. 124 del 1993: i soggetti e le fonti”, en VV. AA. (Cester, C. dir.): *La riforma del sistema pensionistico*, Turín, Giappichelli, 1996.
- “I fondi pensione nelle esperienze nazionali europee”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 134- 195.
 - *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padua, CEDAM, 2005.
- VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo: estudio de las causas que afectan a la prestación del trabajador*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- “Modelos de Seguridad Social en el ámbito constitucional”, en VV. AA.: *La reforma de la Seguridad Social*, Madrid, Fundación F. Ebert, 1982.
 - “La Seguridad Social en la Constitución de 1978”, en VV. AA.: *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, Madrid, 1984,
 - “Artículo 41. Seguridad Social”, en VV. AA. (Alzaga Villamil, O. dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978 (Tomo IV)*, Madrid, Edersa, 1984, pp. 81-108.
 - “La reforma de la Seguridad Social en España”, en VV. AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 241-255.

- “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el Sistema de Seguridad Social”, en VV. AA. (Gonzalo González, B. dir. y Nogueira Gustavino, M. coord.): *Cien años de Seguridad Social: a propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, Fraternidad-Muprespa-UNED, 2000.
 - “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2001, pp. 377-391.
- VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 4.ª ed., 2006.
- VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.ª N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2.ª ed., 2006.
- VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 2006.
- VICENTE MERINO, A.: “Perspectiva de la Seguridad social complementaria en el ámbito de las pensiones”, en VV. AA.: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 aniversario INSS*, Madrid, Instituto Nacional de Seguridad Social, 2003, pp. 242-268.
- VIDAL CARUANA, G.: “Planes y Fondos de Pensiones. La conversión de las actuales prestaciones complementarias de empresa”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, pp. 1344-1356.
- VILLA GIL, L. E. de la: “La reforma del derecho a las pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 25, 1985, pp. 7-60.
- “Estudio Preliminar”, en: *Pensiones Privadas, Planes y Fondos de pensiones, Seguros de Vida y Entidades de Previsión Social*, Madrid, Acarl, 1997, pp. XXI-LI.
 - “El futuro del sistema de pensiones”, *Tribuna Social*, núm. 94, 1998, pp. 7-15.
 - “El concepto de trabajador (art. 1.1)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pp. 37-60.
 - “Garantía de las pensiones privadas”, *Revista Jurídica General (Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid)*, núm. 15, 2000, pp. 11-45.
 - “El modelo constitucional de protección social”, en VV. AA. (Sempere Navarro, A. dir.): *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 67-88.
 - ¿Son rescatables o transferibles los fondos internos de pensiones?, iustel.com, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, 2003.
- VILLA, L. E. de la y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1979.
- VISCOMI, A.: “La facoltà di trasferimento individuale della posizione pensionistica complementare”, *Lavoro e Diritto*, núm. 1, 1997, pp. 55-65.
- VV. AA.: (Alonso Olea, M. y Montoya Melgar, A. dirs.): *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XV, Madrid, Civitas, 1998.
- (Alzaga Villamil, O. dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Madrid, Edersa, 1984.
 - (Aparicio Tovar, J. coord.): *Estudios sobre el salario*, Albacete, Bomarzo, 2004.
 - (Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J, J, dirs.): *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

- (Barea, J. y González-Páramo, J. dirs.): *Pensiones y prestaciones por desempleo*, Bilbao, Fundación BBV, 1997.
- (Barea, J. dir.): *El sistema de pensiones en España: análisis y propuesta para su viabilidad*, Madrid, Círculo de Empresarios, 1995.
- (Baylos, A. y Collado, L. eds): *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, Madrid, Trotta, 1994.
- (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004.
- (Borrajó Dacruz, E. coord.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Madrid, Edersa, 1997, pp.
- (Cardenete Flores, M. A. ed.): *Las prestaciones sociales en el umbral del siglo XXI*, Huelva, Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, 1999.
- *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- (Castañeira Fernández, J. coord.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos (XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo y Relaciones Laborales)*, Sevilla, Centro Andaluz de Relaciones Laborales, 2003.
- (Cester, C. dir.): *La reforma del sistema pensionístico*, Turín, Giappichelli, 1996.
- *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1993.
- (Cruz Villalón, J. coord.): *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Comité Económico y Social, 1995.
- (Cruz Villalón, J. coord.): *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- (Cruz Villalón, J. y Fuentes Rodríguez, F. coords.): *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.
- *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva (XIV Jornadas de estudio de la negociación colectiva)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.
- *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- *Descentralización productiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.
- *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- *El Estado de Bienestar en el cambio de siglo*, Madrid, Alianza, 2000.
- (Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J. R. coords.): *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004
- (Escudero Rodríguez, R. coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980.
- *Estudios sobre el salario*, Madrid, ACARL, 1993.
- *Europa en el movimiento demográfico. Los Sistemas de Pensiones y la Evolución Demográfica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.
- (Fung, A.; Hebb, T. y Rogers, J. eds.): *Working Capital. The Power of Labor's Pensions*, Nueva York, Cornell University Press, 2001
- *El futuro de las pensiones en España. Seguridad Social y Fondos de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.
- *Los Fondos de Pensiones*, Madrid, Bolsa de Madrid, 1984.
- (García Blasco, J. y Monereo Pérez, J. L. dres. y Val Tena, A. L. de y Moreno Vida, M.^a N. coords.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley e Infracciones y Sanciones en el orden social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.
- (Garde, J. A. ed.): *Informe 2000. Políticas sociales y Estado de Bienestar en España*, Madrid, Fundación Hogar del Empleado, 2000.

- (Gonzalo González, B. dir. y Nogueira Gustavino, M. coord.): *Cien años de Seguridad Social: a propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, Fraternidad-Muprespa-UNED, 2000.
- (Herce, J. A. y Pérez-Díaz, V. dirs.): *La reforma del sistema público de pensiones en España*, Barcelona, Servicios de Estudios La Caixa, Colección Estudios e Informes, núm. 4, 1995.
- (Herce, J. A. dir.): *Pensiones y ahorro a largo plazo. Un viejo problema en busca de nuevas soluciones*, Madrid,
- *Jornadas Pensiones: presente y futuro*, Oviedo, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005.
- *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, Madrid, 1984.
- *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 321-346.
- (Khalifa, P. y Chanu, P. Y. coords.): *Les retraites au péril du libéralisme*, Paris, Syllepse, 3.ª ed., 2002.
- *La larga noche neoliberal*, Madrid, Icaria, 1993.
- *Libro Homenaje a Ramón M^a Sastre (Junta de Decanos de Colegios Notariales)*, Tomo III, Madrid, 1976.
- (López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. eds.): *El Estado del bienestar: Modelos y líneas de reforma*, Alzira, Germania, 2005.
- (López García, M. A. comp.): *La Economía del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.
- (López López, J. coord.): *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- (Loy, G. y Loi, P. dirs.): *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, Ediesse, 2004.
- *Manual de Fondos de Pensiones*, Madrid, Inversor Ediciones, 9.ª ed., 2002.
- *Manual de Fondos de Pensiones para Empresas e Instituciones*, Madrid, Inversor Ediciones, 3.ª ed., 2005.
- (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de pensiones*, Barcelona, Ariel, 1989.
- (Martínez Girón, J. coord.): *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998.
- (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Granada, Comares, Tomos I y II, 1999.
- (Monereo Pérez, J. L. dir.): *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Granada, Comares, 1999.
- (Monereo Pérez, J. L. dir.): *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- (Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, J. I. dirs. y Moreno Vida, M.ª N. y Vicente Palacio, A. coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, Comares, 2004.
- (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dres.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003.
- (Montoya Melgar, A. coord.): *Curso de Seguridad Social*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2.ª ed., 2000.
- (Morata, F. edit.): *Políticas públicas en la Unión europea*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 193-194.

- (Moreno, L. y Pérez, M. comps.): *Política social y Estado del bienestar*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992.
- (Muñoz Machado, S.; García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las estructuras de bienestar. Constitución, economía y sociedad en España*, Madrid, Fundación ONCE-Civitas, 1997.
- (Muñoz Machado, S.; García Delgado, J. L. y González Seara, L. dirs.): *Las Estructuras del Bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000.
- (Navas Olóriz, J. ed.): *Los Planes y Fondos de Pensiones. Aspectos económicos, actuariales y jurídicos*, Madrid, Economistas.
- *La negociación colectiva en el escenario del año 2000 (XII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- *La negociación colectiva en el sector de la enseñanza privada*, Madrid, Comisión Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- (Ochando, C.; Salvador, C. y Tortosa, M.^a A. eds.): *El sistema público de pensiones: presente y futuro*, Alzira, Germania, 1997.
- *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- (Pessi, R. dir.): *La riforma del sistema previdenziale*, Padua, CEDAM, 1995.
- *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.
- *La previsión social complementaria en España. La empresa ante la exteriorización de los compromisos por pensiones*, Madrid, Edit-In, 2001.
- *Previsión social de las Administraciones Públicas Locales*, CASER-CAP, 2004.
- *Previsión Social 2003-2004*, Madrid, Francis Lefebvre, 2002.
- *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, ACARL, 1984.
- (Rabadán Forniés, M. dir.) *Los Fondos de Pensiones. Su futuro en España*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984.
- (Rey Guanter, S. del dir. y Luque Parra, M. coord.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- (Reynaud, E.; apRoberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives on supplementary pensions: actors and issues*, Westport (Connecticut), Quorum Books, 1996.
- (Rivero Lamas, J. dir. y Val Tena, A. L. de coord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el "outsourcing"*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.
- *La reforma de la Seguridad Social*, Madrid, Fundación F. Ebert, 1982.
- *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2.^a ed., 1989.
- *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- *La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1996.
- (Sempere Navarro, A. dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- (Torres López, J. coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996.
- *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2.^a ed., 2005.
- (Valdés Dal-Ré, F. dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 1997.
- (Villa Gil, L. E. de la dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.^a ed., 2004.
- *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 aniversario INSS*, Madrid, Instituto Nacional de Seguridad Social, 2003.

- YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Madrid, Edersa, 1995.
- “Algunas consideraciones sobre los compromisos por pensiones instrumentados con el seguro colectivo de vida”, en VV. AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 111-128.
 - “La Seguridad Social complementaria. Mejoras Voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro”, en VV. AA. (Villa Gil, L. E. de la dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.^a ed., 2004, pp. 957-978.
- ZAMBRANA, J.: “Documento-Informe sobre fondos de pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 33, 1987, pp. 171-199.
- ZAMPINI, G.: “Destinatari e sistema delle fonti”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 218-261.
- “Il finanziamento”, en VV. AA. (Bessone, M. y Carinci, F. dirs.): *La previdenza complementare*, Turín, UTET, 2004, pp. 320-339.
 - *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padua, CEDAM, 2004.
- ZORRILLA RUIZ, M. M.^a: “Las jurisdicciones y los procedimientos sobre mutualidades de previsión social y fondos de pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 24, 1984, pp. 107-125.
- ZORRILLA RUIZ, M. M.^a y MANRIQUE LÓPEZ, F.: “Panorama del Derecho de la Seguridad Social. Un futuro incierto para el año 2000”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986, pp. 545-587.
- ZUBIRI ORIA, I.: *El futuro del sistema de pensiones en España*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2003.
- ZUFIAUR, J. M.^a: “Los fondos de pensiones desde un punto de vista sindical”, *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 125, 1985.
- ZUFIAUR, J. M.^a y MARTÍN, R.: “Seguridad Social y Fondos de Pensiones; un punto de vista sindicalista”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1985, pp. 310-320.

