

# PLANES Y FONDOS DE PENSIONES DE EMPLEO. MÍNIMO COMUNITARIO DE PROTECCIÓN EXIGIBLE EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO

(Comentario a la STJCE, Sala Segunda,  
de 25 de enero de 2007, asunto C-278/2005) \*

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad*

*Complutense de Madrid*

*Ltrado de la Seguridad Social*

*Académico Correspondiente de la*

*Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## **Extracto:**

Los planes y fondos de pensiones están asumiendo una creciente importancia como mecanismos de protección social, dado el incremento de la carga financiera que para las economías de los Estados occidentales representan los sistemas de Seguridad Social, ante el progresivo envejecimiento de la población y el descenso de la natalidad radical en algunos momentos y países, con la consiguiente inversión de la pirámide poblacional y sin que ese efecto se vea compensado por los flujos migratorios. Cuando de planes y fondos de la modalidad o «sistema» de «empleo» se trata, la vinculación y dependencia de los derechos de los partícipes y beneficiarios a la marcha económica de una determinada empresa o grupo empresarial ha generado una honda preocupación, llevando al Derecho comunitario a ordenar el establecimiento de un sistema de deberes, garantías y cautelas por los Estados miembros, para asegurar la pervivencia de aquellos derechos (adquiridos y en curso de adquisición) cuando el empresario o el grupo se vea abocado a una situación de crisis económica, que a la postre se ha manifestado problemático.

**Palabras clave:** planes y fondos de pensiones, jubilación, mínimo de protección e insolvencia del empresario.

---

\* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 289, abril 2007 y en *Normacef Social*.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. El marco jurídico, el supuesto de hecho y las cuestiones prejudiciales planteadas.
  1. Normativa comunitaria aplicable.
  2. Los hechos.
  3. Las cuestiones prejudiciales planteadas.
  4. Una sucinta referencia a la legislación nacional aplicada y a su posible correspondencia con nuestro ordenamiento jurídico.
- III. Garantía por los Estados miembros de los derechos adquiridos, en los planes de pensiones de empleo, por los trabajadores asalariados y nivel de protección exigible.
  1. Sobre si la garantía de los Estados miembros es directa o indirecta.
  2. Acerca del nivel de protección exigible.
- IV. Responsabilidad de un Estado miembro por los daños y perjuicios causados a sus ciudadanos, al no haber adaptado su derecho nacional al Derecho comunitario, o haberlo efectuado defectuosa o incorrectamente.
- V. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de 25 de enero de 2007, de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), aborda una doble problemática. Por una parte, la relativa a la protección de los derechos de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y la cuestión de la pervivencia y con qué alcance de los derechos a pensiones de jubilación dimanantes de un plan de pensiones «de empleo», en aquella situación, esto es, cuando el empresario es declarado en concurso de acreedores. Por otra parte, trata de la posible responsabilidad de un Estado miembro por los daños y perjuicios causados a sus propios ciudadanos, derivados de la no adaptación de su ordenamiento interno (o por haberlo hecho defectuosamente) al Derecho comunitario <sup>1</sup>, lo que obliga a establecer un sistema de garantías y cautelas a favor de partícipes y beneficiarios en los planes y fondos de pensiones del sistema de empleo ante la insolvencia del empresario <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Que es nada menos que entrar en el espinoso tema de la responsabilidad del Estado legislador. Ilustrativo al respecto, y aplicable *pari passu* y cambiando lo que deba ser cambiado, es el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. [2006]: «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una Ley declarada inconstitucional», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 36, págs. 222 y ss.

<sup>2</sup> Habida cuenta de que aquella afirmación trata de la interrelación entre el Derecho comunitario y el propio o nacional de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, ha de efectuarse una, siquiera breve, referencia a la articulación de aquellos Derechos. El Derecho comunitario, ha de recordarse, está formado por un conjunto de normas que conforman el denominado Derecho originario y, por otra parte, por un conjunto de normas, subordinado al primero, que componen el nominado Derecho derivado. Dentro de este último y, según los instrumentos normativos empleados, Reglamento o Directiva (*grosso modo*) nos encontramos ante una norma de uniformización del Derecho europeo (Reglamento) o de armonización (Directiva). A su vez, respecto de la Directiva, ha de discurrirse si únicamente es posible su aplicabilidad vía las normas de Derecho interno que adapten el respectivo ordenamiento a semejante norma comunitaria o si, por el contrario, también debe considerarse la posibilidad de su aplicación directa. Normas comunitarias que son sustituidas en la proyectada Constitución Europea, artículo I-33, por otras normas cuya tipología e incluso denominación se identifica ya claramente con la tradición legislativa de los Estados miembros y concretamente con la ideología jurídica continental. Efectivamente en aquel precepto, titulado «Actos jurídicos de la Unión», las instituciones europeas, para ejercer las competencias de la Unión, utilizarán los siguientes instrumentos jurídicos: a) La ley europea; b) La ley marco europea; c) El reglamento europeo; d) La decisión europea; e) Las recomendaciones y los dictámenes. La ley europea «es un acto legislativo de alcance general», que «será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». La ley marco europea «es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios». El

Aquellas cuestiones se abordan en la sentencia objeto de comentario tanto desde la perspectiva del Derecho comunitario como del ordenamiento jurídico de un determinado Estado miembro (Reino Unido), planteándose además la nuclear cuestión de si, con independencia de la obligación que tienen los Estados miembros de adaptar su derecho interno al contenido de una Directiva comunitaria, su regulación se impone, en todo caso o en qué medida, a la de los Estados miembros. Toda aquella problemática se trata por la sentencia objeto de comentario en su íntima conexión, a partir de un criterio o principio ordenador general, que sirve de hilo conductor de su motivación o razonamiento jurídico, y que no es otro que el siguiente:

El Derecho comunitario, mediante la Directiva 80/987/CEE, «pretende garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que los Estados miembros puedan aplicar o establecer».

En esta introducción no puede dejar de aludirse, por tener a la postre una influencia decisiva en la resolución finalmente adoptada en la sentencia objeto de comentario, a la «primacía» del Derecho comunitario<sup>3</sup> respecto de los Derechos nacionales o internos de los Estados miembros, «cuestión resuelta históricamente»<sup>4</sup> pero que ha vuelto a replantearse en relación con el artículo I-6 de la nonata Constitución Europea, según el cual «la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Semejante previsión constitucional comunitaria ha llevado a algunos Estados a la reforma de su Constitución y a otros Estados a plantear la duda pertinente al órgano jurisdiccional constitucional nacional<sup>5</sup>.

---

reglamento europeo «es un acto no legislativo de alcance general que tiene por objeto la ejecución de actos legislativos y de determinadas disposiciones de la Constitución», que podrá, bien, ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, o bien, obligar al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios.

<sup>3</sup> Al respecto indicaba la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Tercera, de 23 de noviembre de 1990, lo siguiente: «Los Tratados fundacionales (...) han configurado un ordenamiento jurídico propio, que a su vez es asumido por los sistemas de los Estados miembros, a diferencia de lo que venía sucediendo en los demás pactos internacionales (...). En consecuencia, ese Derecho originario o primario actúa como con una función constitucional y de tales normas fundamentales se derivan a su vez otras, trabadas en una estructura coherente y jerarquizada (...) los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no solo establecen derechos y obligaciones para los Estados miembros y para los particulares, sino que además constituyen el elemento fundamental de lo que se ha dado en llamarse la Constitución de la Comunidad Europea».

<sup>4</sup> Como punto de partida histórico puede tomarse la decisiva Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62, Van Gend & Loos), desde la cual el Derecho comunitario, en su conjunto, ha pasado a considerarse como «un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional». Como se ha significado con suficiente autoridad, aquella sentencia tuvo una «gran significación histórica», al manifestar «una concepción de la Comunidad como una comunidad de Estados, pero también como una comunidad de pueblos y de ciudadanos». Aquella concepción se desenvuelve en la mencionada sentencia a partir de los objetivos del Tratado y de la configuración institucional de la comunidad, al extremo de acabar constituyendo un elemento fundamental del llamado «acervo comunitario» o *acquis communautaire*, asumido como tal no ya por los Estados fundadores de las Comunidades Europeas sino también por todos los nuevos Estados miembros que se han incorporado a la Comunidad a partir de 1973. Con posterioridad las Sentencias del mismo Alto Tribunal de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64 Costa ENEL) y de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados 6/90 y 7/90, Francovich) vinieron a establecer, los principios de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional o interno de los Estados miembros y de responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación o no adaptación de su Derecho interno al Derecho comunitario, representando el principio de responsabilidad «un complemento de la protección efectiva de los derechos de los particulares basados en el ordenamiento comunitario».

<sup>5</sup> El Gobierno de la nación requirió al Tribunal Constitucional (TC) «para que se pronunciase sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y el artículo I-6 del Tratado», además de sobre otras posibles con-

## II. EL MARCO JURÍDICO, EL SUPUESTO DE HECHO Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

La remisión al marco jurídico general, cuyo conocimiento se supone, sin duda es preciso para poder comprender el desarrollo argumental de la sentencia objeto de comentario, pero no es suficiente, pues ha de referirse la concreta normativa comunitaria pertinente al caso, así como efectuarse una sucinta descripción del supuesto de hecho, el cual, como es sabido, a la postre se integra en las pretensiones ejercitadas. Por las mismas razones ha de aludirse a las cuestiones prejudiciales planteadas que, se presupone, llevarán a efecto una somera referencia a la legislación nacional aplicable y su posible correspondencia con la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico.

### 1. Normativa comunitaria aplicable.

La norma comunitaria pertinente al caso fue la Directiva 80/987/CEE<sup>6</sup> (Directiva 80/987), del Consejo de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, cuyo precepto nuclear, a los efectos que interesan resultó ser el artículo 8.º<sup>7</sup>, el cual establece lo siguiente:

tradiciones que no son al caso. El TC, mediante Decisión 1/2004, de 13 de diciembre, concluyó que el artículo I-6 de la nonata Constitución Europea no contradecía la supremacía de la Constitución, esto es, que «con base a lo supuesto en el artículo 93 CE, correctamente entendido, (no se aprecia) contradicción entre el artículo I-6 (...) y el artículo 9.º 1 CE». Afirmación que lleva a cabo el TC español tras haber indicado: a) Que aquel precepto comunitario «refleja la jurisprudencia existente del TJCE y del Tribunal de Primera Instancia»; b) Que «la primacía que para el Tratado y para el Derecho derivado se establece en el cuestionado artículo I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión (...). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de retirada voluntaria previsto en el artículo I-60 del Tratado»; c) Que «la Constitución Española es norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos (...) y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma»; d) Que «primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; esta, en los procedimientos de formación». Según el TC «la supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una de ellas tiene capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalencia debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (...). La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93».

<sup>6</sup> En la nueva redacción, casi completa de la Directiva 80/987/CEE, dada por la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre.

<sup>7</sup> Afirma SUÁREZ CORUJO, B. [2003]: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Lex Nova, Valladolid, pág. 64: «la obligada transposición de esta Directiva va a constituir durante prácticamente una década (y, discutiblemente, más allá) una "asignatura pendiente" de la legislación nacional respecto del ordenamiento jurídico comunitario. En concreto, el precepto que en este punto resulta decisivo es el artículo 8.º de la susodicha Directiva 80/987/CEE, el cual, resumidamente, obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para asegurar frente a situaciones de insolvencia del empresario los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores ya jubilados o en activo, derivados de regímenes profesionales o complementarios de previsión social».

«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 ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de este, 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 social<sup>8</sup>.»

La mencionada norma comunitaria, en su redacción actual, no afecta a la definición por los Derechos nacionales de los términos «trabajador asalariado»<sup>9</sup>, «empresario»<sup>10</sup> «remuneración», «derecho adquirido» ni «derecho en vías de adquisición» y «se aplicará a los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia» (art. 1.º).

Entendiéndose que concurre tal situación cuando un empresario haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo (basado en su situación de crisis económica), previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro, que implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar y la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones: a) haya decidido la apertura del procedimiento o b) haya comprobado el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento (art. 2.º).

<sup>8</sup> En un sentido sutilmente diferente al contenido en el referido artículo 8.º, se establece en relación con los salarios, en los artículos 3.º y 4.º de la misma Directiva 80/987, que los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno, teniendo en cuenta la institución de garantía las remuneraciones impagadas correspondientes a un período situado antes o, en su caso, después de una fecha determinada por los Estados miembros, o antes y después de la misma, si bien, prosigue aquella norma comunitaria indicando (punto en el que se establece la sutil, pero no por ello intrascendente, diferencia entre los arts. 3.º, 4.º y 8.º), «tendrán la facultad de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía», y que «cuando los Estados miembros hagan uso de esa facultad, establecerán la duración del período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía». Los límites a los pagos efectuados por esta institución de garantía no podrán ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la Directiva. Además, los Estados miembros pueden «excepcionalmente» excluir del ámbito de aplicación de aquella Directiva aquellos créditos salariales de determinadas categorías de trabajadores, en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores afectados una protección equivalente.

<sup>9</sup> Bien que los Estados miembros no puedan excluir de su campo de aplicación a los trabajadores a tiempo parcial, ni a los trabajadores con un contrato de duración determinada, ni a los trabajadores con una relación de trabajo temporal.

<sup>10</sup> Una de las nociones más confusas tanto en el Derecho comunitario como en los Derechos nacionales.

Precisamente para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 8.º de aquella Directiva 80/987<sup>11</sup>, se incorporó a la Ley 8/1987, mediante la Ley 30/1995<sup>12</sup>, la disposición adicional primera relativa al «régimen de protección de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores». Prohibiéndose los fondos empresariales internos<sup>13</sup>.

El artículo 32 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social modificó intensamente el contenido de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, no pudiéndose entrar en su detalle, siendo suficiente a los efectos pretendidos con indicar que el 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 Pensiones (TRLRFPF); estableció la obligación de adaptar los planes y fondos de pensiones preexistentes a las modificaciones introducidas en la mentada Ley 8/1987 (disp. trans. octava).

Aquel Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, en su disposición adicional primera, volvió a regular la «protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores» estableciendo la regulación actualmente vigente<sup>14</sup>, en clara continuidad con la regulación anterior. A tenor del régimen vigente, los compromisos por pensiones asumidos por las empresas<sup>15</sup>, incluyendo las prestaciones ya causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguros (incluidos los planes de previsión social empresariales), a través de la formalización de un plan de pensiones o mediante varios de estos medios. Una vez instrumentados, la obligación y la responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones.

Según la indicada normativa, la noción de «compromisos por pensiones» abarca a los «derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa, comprendiendo todas las prestaciones que se destinen a la cobertura de tales compromisos, cualquiera que sea su denominación y vinculados determinadas contingencias», que son las siguientes:

<sup>11</sup> Según la citada disposición adicional titulada «Protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores», los compromisos por pensiones asumidos por las empresas incluyendo las prestaciones causadas debían instrumentarse, desde el momento en que se iniciase el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos, salvo los supuestos expresamente exceptuados. Una vez instrumentados, la obligación y la responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirían exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguro y planes de pensiones. Entendiéndose por compromisos por pensiones los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias siguientes: a) Jubilación; b) Incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo, y la gran invalidez; c) Muerte del partícipe o beneficiario; que pudiesen generar derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas. Tales pensiones podían revestir las siguientes formas de: a) Capital, consistente en una percepción de pago único; b) Renta; c) Prestaciones mixtas, que combinen rentas de cualquier tipo con un único cobro en forma de capital.

<sup>12</sup> Disposición adicional undécima.19.

<sup>13</sup> SUÁREZ CORUJO, B., *op. cit.*, pág. 66.

<sup>14</sup> Según redacción dada por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (disp. final quinta.5).

<sup>15</sup> Teniendo la consideración de empresas, a estos efectos, no solo las personas físicas y jurídicas sino también las comunidades de bienes y demás entidades que, aun carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir con sus trabajadores los compromisos descritos.

- a) Jubilación (para la determinación de esta contingencia ha de estarse a lo previsto en el Régimen de Seguridad Social correspondiente) <sup>16</sup>.
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual o absoluta para todo trabajo, y la gran invalidez (consideradas conforme al Régimen correspondiente de Seguridad Social).
- c) Muerte del partícipe o beneficiario (que puede generar derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas).
- d) Dependencia severa o gran dependencia del partícipe regulada en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Al poderse instrumentar el cumplimiento del mandato legal mediante planes y fondos de pensiones o contratos (pólizas) de seguro, y dado que nos referiremos más adelante a los planes y fondos de pensiones, en relación con los contratos de seguros, baste aquí con advertir que para que los contratos de seguros puedan servir a semejante finalidad habrán de satisfacer precisos requisitos <sup>17</sup>, estableciéndose que será admisible que el pago del valor del rescate se realice mediante el traspaso de los activos, neto de los gastos precisos para efectuar los correspondientes cambios de titularidad. Los contratos de seguro, cuyas primas hayan sido imputadas a los sujetos a los que se vinculen los compromisos por pensiones, deberán prever, de acuerdo con las condiciones pactadas en el compromiso, los derechos económicos de los sujetos en los casos en que se produzca la cesación de la relación laboral previa al acaecimiento de las contingencias previstas en esta normativa o se modifique el compromiso por pensiones vinculado a dichos sujetos.

<sup>16</sup> Establece aquella disposición que cuando no sea posible el acceso de un partícipe a la jubilación, la contingencia se entenderá producida a partir de la edad ordinaria de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, en el momento en que el partícipe no ejerza o haya cesado en la actividad laboral o profesional y no se encuentre cotizando para la contingencia de jubilación para ningún Régimen de la Seguridad Social. No obstante, precisa, podrá anticiparse la percepción de la prestación correspondiente a partir de los sesenta años de edad, en su caso. Los planes de pensiones podrán prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación cuando 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, pudiendo establecerse condiciones para el mantenimiento o reanudación de las aportaciones a planes de pensiones en ese supuesto. A partir del acceso a la jubilación, el partícipe podrá seguir realizando aportaciones al plan de pensiones, si bien una vez iniciado el cobro de la prestación de jubilación o el cobro anticipado de la prestación correspondiente a jubilación, las aportaciones solo podrán destinarse a las contingencias de fallecimiento y dependencia. El mismo régimen, añade la precitada norma, se aplicará cuando no sea posible el acceso a la jubilación a las aportaciones que se realicen a partir de la edad ordinaria de jubilación.

<sup>17</sup> Siendo los siguientes: a) Revestir la forma de seguro colectivo sobre la 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; b) En dichos contratos no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 97 y 99 de la Ley de Contrato de Seguro; c) Los derechos de rescate y reducción del tomador solo podrán ejercerse al objeto de mantener en la póliza la adecuada cobertura de sus compromisos por pensiones vigentes en cada momento o a los exclusivos efectos de la integración de los compromisos cubiertos en dicha póliza en otro contrato de seguro, en un plan de previsión social empresarial o en un plan de pensiones. En este último caso, la nueva aseguradora o el plan de pensiones asumirá la cobertura total de los referidos compromisos por pensiones (el importe del rescate deberá ser abonado directamente a la nueva aseguradora o al fondo de pensiones en el que se integre); d) Deberán individualizarse las inversiones correspondientes a cada póliza en los términos que se establezcan reglamentariamente; e) La cuantía del derecho de rescate no podrá ser inferior al valor de realización de los activos que representen la inversión de las provisiones técnicas correspondientes. Si existiese déficit en la cobertura de dichas provisiones no será repercutible en el derecho de rescate.



En todo caso, las condiciones que han de cumplir los contratos de seguro, incluidos los instrumentados entre las mutualidades de previsión social y sus mutualistas (en su condición de tomadores del seguro y/o asegurados) deberán ser homogéneas, actuarial y financieramente con las normas aplicables a los compromisos por pensiones formalizados mediante planes de pensiones.

La efectividad de los compromisos por pensiones, así como del cobro de las prestaciones causadas, quedará condicionada a su formalización mediante seguros o planes y fondos de pensiones, y el incumplimiento por la empresa de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones asumidos constituirá infracción en materia laboral de carácter muy grave<sup>18</sup>.

En ningún caso es posible («resultará admisible», dice la ley) la cobertura de los compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de este de la titularidad de los recursos constituidos.

## 2. Los hechos.

Los demandantes en el procedimiento principal eran antiguos trabajadores de una empresa que devino insolvente. Esa empresa mantenía dos fondos de pensiones de la modalidad de empleo. Como consecuencia de aquella insolvencia se disolvieron los indicados fondos de pensiones, comprobándose con ocasión de su liquidación que los recursos patrimoniales eran insuficientes para satisfacer todos los pagos comprometidos con sus partícipes.

Dado que según las evaluaciones llevadas a cabo por los actuarios de aquellos planes de pensiones, los activos no eran suficientes para cubrir la totalidad de las prestaciones debidas al conjunto de los beneficiarios, tenía que procederse a reducir las prestaciones de aquellos que no estuviesen ya jubilados en el momento de abrirse el proceso liquidatorio de los mencionados fondos de pensiones.

Como consecuencia de semejante falta de suficiencia patrimonial, no pudieron ser satisfechos los derechos adquiridos ni los derechos en curso de adquisición de los partícipes, hasta el extremo de sufrir algunos de ellos graves descalabros patrimoniales, llegando a cifrarse, en el peor de los casos, en una reducción del 80 por 100 del importe de las correspondientes prestaciones o, lo que es lo mismo, en la percepción únicamente del 20 por 100 de las prestaciones adeudadas y, en el mejor de los casos, en una perspectiva de cobro de 49 por 100 del importe de las prestaciones debidas.

Esto es, habiendo finalizado aquellos planes y estando en fase de liquidación, sus administradores hubieron de recurrir a los recursos patrimoniales de aquellos extintos fondos para satisfacer las

<sup>18</sup> En los términos prevenidos en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

prestaciones de los partícipes en función de sus categorías, algunas con derechos preferentes, definidos en la normativa nacional reguladora aplicable, por lo cual los demás partícipes vieron extremadamente agravadas sus pérdidas patrimoniales.

Aquellos recursos patrimoniales debían emplearse, por imperativo legal, en primer lugar para pagar las prestaciones debidas a los partícipes que ya percibían una pensión en la fecha en que se inició el proceso de liquidación de los mencionados fondos de pensiones, y solo en segundo lugar y en la medida en que quedasen recursos patrimoniales suficientes, estos se destinarían a satisfacer las prestaciones adeudadas a los partícipes que todavía no habían comenzado a percibir las prestaciones correspondientes en aquella misma fecha (titulares de derechos adquiridos que no hubieran comenzado a percibir las prestaciones y los titulares de derechos en curso de adquisición, sin hacer mención la sentencia objeto de comentario a la existencia de sujetos con meras o simples expectativas<sup>19</sup>), produciéndose entonces los indicados descalabros patrimoniales.

Además merece resaltarse, según precisa la sentencia objeto de comentario, que los perjuicios para los titulares de derechos adquiridos y en curso de adquisición se vieron incrementados, dado que las prestaciones correspondientes del sistema público de Seguridad Social del Reino Unido no mantenían, ni guardan actualmente, una relación razonable con las retribuciones o salarios percibidos en activo<sup>20</sup>.

### 3. Las cuestiones prejudiciales planteadas.

La High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, solicitó del Tribunal de Justicia comunitario la solución a los siguientes interrogantes sobre el artículo 8.º de la Directiva 80/987:

1. ¿Debe interpretarse que el artículo 8.º de la Directiva 80/987 exige que los Estados miembros garanticen, con los medios que sean necesarios, que los derechos adquiridos por los trabajadores asalariados de una sociedad en virtud de planes de pensiones complementarios, profesionales o interprofesionales, basados en el último salario, sean íntegramente financiados por los Estados miembros en el supuesto de que el empresario sea declarado insolvente y de que los recursos patrimoniales de sus planes sean insuficientes para financiar tales prestaciones?

<sup>19</sup> Indican MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. [2004]: *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*. Ed. Comares, Granada, pág. 10, en relación con nuestro sistema que «el problema mayor se suscita por la falta de seguridad jurídica que puede afectar a las expectativas de derechos y a los derechos en curso de adquisición tanto de los trabajadores pasivos –desvinculados laboralmente de la empresa promotora– como de los trabajadores en activo por falta de unas adecuadas garantías de continuidad del plan creado a través de un convenio colectivo y que siempre se halla en continuo proceso de renegociación».

<sup>20</sup> En el Reino Unido, donde se planteó el pleito principal a raíz del cual el Tribunal *a quo* planteó al Tribunal de Justicia las pertinentes cuestiones prejudiciales, el sistema de pensiones satisface a los pensionistas por jubilación apenas un promedio del 37 por 100 de su último salario. De tal manera que la parte sustancial de las previsiones económicas para la supervivencia durante la vejez, para aquellos pensionistas, viene dada por los recursos constituidos por pensiones adicionales derivadas de planes de pensiones.

2. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿debe considerarse que una legislación (como la vigente en el Reino Unido, a la que se aludirá brevemente) adapta de manera insuficiente el Derecho interno a las exigencias del artículo 8.º?
3. Si las disposiciones legislativas del Reino Unido incumplen lo dispuesto en el artículo 8.º, ¿qué criterio debe aplicar el órgano jurisdiccional nacional para determinar si la correspondiente vulneración del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada como para poder generar una responsabilidad de daños y perjuicios? En particular, ¿es suficiente la mera vulneración para acreditar la existencia de una violación suficientemente caracterizada?, o ¿debe haber existido también una inobservancia manifiesta y grave por parte de los Estados miembros en relación con los límites en el ejercicio de sus facultades normativas?, o ¿debe aplicarse otro criterio? y, en tal caso, ¿cuál?

#### **4. Una sucinta referencia a la legislación nacional aplicada y a su posible correspondencia con nuestro ordenamiento jurídico.**

El régimen jurídico nacional correspondiente (Reino Unido) venía constituido por la Pension Scheme Act de 1993 (PS) y la Employment Rights Act de 1996 (ER). La primera de aquellas normas (art. 124 de la PS) posibilita que en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de un fondo de pensiones empresarial asumidas por un empleador declarado insolvente, las «aportaciones pertinentes» se ingresen en otro fondo de pensiones administrado desde el National Insurance Fund, siendo aquellas «aportaciones pertinentes» a ingresar «las adeudadas por un empresario por cuenta propia o por cuenta de un trabajador», siempre que ese empresario hubiera retenido efectivamente sobre el salario, en concepto de aportación del trabajador, una cantidad igual a dicho importe.

Según la misma norma la cuantía de los pagos a cargo del empresario se determina (art. 124.3 de la PS), en función de una serie de parámetros de los que se escoge el que dé un resultado menor<sup>21</sup>. Para garantía de aquellos pagos se establece para los gestores de los planes del sistema de empleo el deber de velar por el valor de sus activos, de forma que este no sea inferior al importe de las pertinentes obligaciones o pagos comprometidos (en función del Minimum Funding Requirement)<sup>22</sup>.

En caso de liquidación de un plan de pensiones de empleo de prestación definida que sufra de «insuficiencia de activos» o cuando el empresario incurra en insolvencia sin que sus activos cubran sus compromisos de prestaciones, el importe equivalente a la diferencia deberá ser tratado como una deuda del empresario con los administradores del plan correspondiente, que podrán ejercitar las acciones pertinentes para el cobro de dicha deuda.

<sup>21</sup> Son los siguientes: a) La deuda del empresario en los doce meses anteriores a la declaración del auto de insolvencia; b) Si las prestaciones se calculan en relación con el salario entonces se concreta en la cantidad necesaria para cubrir las obligaciones que ya hubieran nacido a favor de los trabajadores en el momento de la liquidación; c) El 10 por 100 del importe total de las retribuciones pagadas o adeudadas a los trabajadores en los doce meses anteriores a la declaración auto de insolvencia.

<sup>22</sup> Aparte de posibles acciones de los trabajadores por fraude.

En el supuesto de que el empresario sea declarado en situación concursal, las cotizaciones que aquellos deban abonar a un fondo de pensiones de empleo o a un régimen legal de jubilación son consideradas créditos privilegiados en la Insolvency Act de 1986, con una precisa y determinada clasificación.

El Redundancy Payments Directorate lleva a cabo, por cuenta del Secretary of State for Trade and Industry, pagos de las cantidades del National Insurance Fund, con la finalidad de proteger los derechos de quienes hubieran sido trabajadores de empresas cuyo titular hubiera sido declarado en estado de insolvencia, convirtiéndose en acreedor en el proceso concursal seguido contra el empresario, subrogándose en los pertinentes derechos de los trabajadores.

Hasta aquí, brevemente referido, el sistema vigente en el Reino Unido y tomado en consideración en la sentencia objeto de comentario. Aquel sistema mantiene una evidente correlación con el nuestro <sup>23</sup> que, de seguido, pasamos a describir con un cierto detenimiento.

En nuestro sistema <sup>24</sup> y según la regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TRLRFPF y Real Decreto 304/2004 (por el que se aprueba su reglamento):

- a) Los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse.
- b) Los fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones, debiéndose ajustar su gestión, custodia y control a determinados parámetros marcados por la ley.

En los planes de pensiones se diferencia entre el promotor del plan (que puede serlo cualquier entidad, corporación, sociedad, empresa, asociación, sindicato o colectivo de cualquier clase que insten su creación o participen en su desenvolvimiento), los partícipes que son las personas físicas en cuyo interés se crea el plan, con independencia de que realicen o no aportaciones, y los beneficiarios o personas físicas con derecho a la percepción de prestaciones, hayan sido o no partícipes.

Las prestaciones de los planes de pensiones 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 aquellas. Los planes de pensiones pueden ser de diferentes «sistemas», a saber: a) Sistema de empleo; b) Sistema asociado; c) Sistema individual.

<sup>23</sup> Sobre nuestro modelo de pensiones mixto SUÁREZ CORUJO, B., *op. cit.*, págs. 82 y ss.

<sup>24</sup> Con carácter general *vid.* TAPIA HERMIDA, A.J. [2001]: *Derecho de seguros y fondos de pensiones*, Cálamo, Barcelona, págs. 207 y ss.; y, con especial referencia a los aspectos financieros, VICENTE MERINO, A. [2007]: «Los planes y fondos de pensiones en el ámbito de la previsión social complementaria», en *Curso de Bolsa y Mercados Financieros* (SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VADERRAMA, Dir.), Instituto de Analistas Financieros, Ariel, Barcelona, págs. 924 y ss.

Dado el contenido de la sentencia objeto de comentario, hemos de referirnos únicamente a los correspondientes al «sistema de empleo», bastando con indicar respecto de los del sistema asociado e individual que los primeros se corresponden con aquellos cuyo promotor o promotores sean cualesquiera asociaciones o sindicatos, siendo los partícipes sus asociados, miembros o afiliados, y que los segundos comprenden aquellos en los que el promotor es(son) una(s) entidad(es) de carácter financiero y cuyos partícipes son cualesquiera personas físicas

Los planes de pensiones del sistema de empleo se corresponden con los planes cuyo promotor sea cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y sus partícipes sus empleados<sup>25</sup> (pudiendo existir también en esta modalidad planes de pensiones de promoción conjunta, en cuya virtud varias empresas o entidades podrán promover, conjuntamente, un plan de pensiones). En los planes del sistema de empleo el promotor solo podrá serlo de un plan, «al que exclusivamente podrán adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora, incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de la Seguridad Social aplicable»<sup>26</sup>, siendo idónea la negociación colectiva<sup>27</sup> para el establecimiento de este tipo de planes<sup>28</sup>.

Dentro de un mismo plan de pensiones del sistema de empleo será admisible la existencia de subplanes, incluso si estos son de diferentes modalidades o articulan en cada uno diferentes aportaciones y prestaciones. La integración del colectivo de trabajadores o empleados en cada subplan y la diversificación de las aportaciones del promotor se realizarán conforme a criterios establecidos mediante acuerdo, convenio colectivo, disposición equivalente, o según lo previsto en las especificaciones del concreto plan de pensiones.

<sup>25</sup> Bien entendido 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. 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 la condición de partícipes en suspenso, continuando con la categoría de elemento personal del plan de pensiones. 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. Los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no podrán mobilizarse a otros planes de pensiones, salvo en el supuesto de extinción de la relación laboral y solo si estuviere previsto en las especificaciones del plan, o por terminación del plan de pensiones. En este supuesto, junto con la movilización de los recursos económicos la entidad gestora de origen deberá trasladar a la de destino toda la información relevante del partícipe, debiendo comunicar a este el contenido de dicha información. No se podrán movilizar los derechos consolidados cuando, en orden a instrumentar compromisos por pensiones del promotor referidos a partícipes que hubieran extinguido su relación laboral con aquel, las especificaciones prevean la continuidad de las aportaciones del promotor a su favor y, en su caso, las del partícipe que tuvieren carácter obligatorio. Si las especificaciones lo prevén, el partícipe que hubiera extinguido o suspendido su relación laboral con el promotor podrá realizar aportaciones voluntarias al plan de pensiones, siempre y cuando no haya movilizado sus derechos consolidados.

<sup>26</sup> La condición de partícipes también puede extenderse a los socios trabajadores y de trabajo en los planes de empleo promovidos en el ámbito de las sociedades cooperativas y laborales, y un empresario individual que emplee trabajadores en virtud de relación laboral podrá promover un plan de pensiones del sistema de empleo en interés de estos y en el que él también podrá figurar como partícipe

<sup>27</sup> Sobre la naturaleza de las cláusulas de los convenios colectivos sobre planes de pensiones, SUÁREZ CORUJO, B., *op. cit.*, págs. 173 y ss.

<sup>28</sup> *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *op. cit.*, págs. 9 y ss.

Cuando en convenio colectivo se haya establecido la incorporación de los trabajadores directamente al plan de pensiones de empleo, se considerará a estos adheridos al mismo, salvo que, en el plazo acordado a tal efecto, declaren expresamente por escrito a la comisión promotora o de control del plan que desean no ser incorporados al plan. Todo ello sin perjuicio de que, en su caso, el convenio condicione las obligaciones de la empresa con los trabajadores a la efectiva incorporación de estos al plan de pensiones.

Esta última circunstancia plantea la cuestión del alcance y los límites de los requisitos o condiciones exigibles, según los términos del plan o subplan respectivo, a los trabajadores para participar en los mismos. Un límite absoluto ha sido tajantemente establecido por la jurisprudencia constitucional en cuanto a la proscripción de cualquier contenido discriminatorio por razón del tipo de contrato o trabajo <sup>29</sup>.

En razón de las obligaciones estipuladas, los planes de pensiones del sistema de empleo pueden ajustarse a cualquiera de las siguientes modalidades:

- Planes de prestación definida, en los que se define como objeto la cuantía de las prestaciones a percibir por los beneficiarios.
- Planes de aportación definida, en los que el objeto definido es la cuantía de las contribuciones de los promotores y, en su caso, de los partícipes al plan.
- Planes mixtos, cuyo objeto es, simultáneamente, la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución.

Los planes de pensiones cuyo principio básico es el de «voluntariedad» <sup>30</sup> han de cumplir con los requisitos siguientes: a) No discriminación, de tal modo que debe 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 <sup>31</sup>; b) Capitalización.

<sup>29</sup> La STC 104/2004, de 28 de junio, merece ser recordada, dado que estableció una importante jurisprudencia. En ella la Sala Primera del TC indica que la circunstancia de que en un plan de pensiones «se reconozcan derechos diferentes a trabajadores de la misma empresa cuya situación en el momento de la incorporación al plan puede ser idéntica desde todos los puntos de vista relevantes en orden a la articulación de la citada incorporación, por el solo hecho de que durante una fase determinada de su relación laboral con la empresa, anterior a la fecha de incorporación al plan, sus respectivas modalidades de contratación desde el punto de vista de la duración del contrato fueran diferentes, no puede considerarse una diferenciación basada en una justificación razonable, puesto que su lógica no descansa en ninguna razón objetiva justificada y relevante sino simplemente en una valoración, como ya hemos dicho, 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 con ello sus intereses en cuestión de tanta trascendencia como la relativa a la causación de sus derechos de pensión futuros».

<sup>30</sup> Vid. SUÁREZ CORUJO, B., *op. cit.*, págs. 335 y ss.

<sup>31</sup> En particular 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 aquel. 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, y la no discriminación en el acceso al plan del sistema de empleo será compatible con la diferenciación de aportaciones del promotor correspondientes a cada partícipe, conforme a criterios derivados de acuerdo colectivo o disposición equivalente o establecidos en las especificaciones del plan.

Los planes de pensiones se instrumentarán mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización. En consecuencia, las prestaciones se ajustarán estrictamente al cálculo derivado de tales sistemas. La tipología de los sistemas de capitalización y sus condiciones de aplicación exige, salvo que medie aseguramiento, la constitución de reservas patrimoniales adicionales para garantizar la viabilidad del plan; c) Irrevocabilidad de aportaciones. Las aportaciones del promotor de los planes de pensiones tendrán el carácter de irrevocable; d) Atribución de derechos. Las aportaciones de los partícipes a los planes de pensiones determinan para los citados partícipes los derechos recogidos en la ley; e) Integración obligatoria en un fondo de pensiones de las contribuciones económicas a que los promotores y partícipes estuvieran obligados, así como cualesquiera otros bienes adscritos al plan.

Los planes de pensiones del sistema de empleo pueden terminarse o finalizar por diversas causas previstas legalmente <sup>32</sup>, debiendo establecerse especificaciones en los planes de pensiones comprensivas de las «normas para su liquidación», a las que deberán ajustarse las actuaciones durante la liquidación. Esas especificaciones «en todo caso, 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».

Los planes de pensiones se instrumentarán mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización que permitan establecer una equivalencia entre las aportaciones y las prestaciones futuras a los beneficiarios, que deberán implicar la formación de fondos de capitalización, provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas suficientes para el conjunto de compromisos del plan de pensiones, constituyéndose un margen de solvencia mediante las reservas patrimoniales necesarias para compensar las eventuales desviaciones que por cualquier causa pudieran presentarse, pudiéndose contratar seguros, avales y otras garantías con entidades financieras para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o garantía de las prestaciones.

Las contribuciones o aportaciones se realizarán por el promotor o promotores y por los partícipes, respectivamente, en los casos y forma que establezca el respectivo plan de pensiones, determinándose y efectuándose las prestaciones según las normas que el mismo contenga. La titu-

<sup>32</sup> Así: por dejar de cumplir los principios básicos indicados, o cuando el plan de pensiones no haya podido cumplir en el plazo fijado las medidas previstas en un plan de saneamiento o de financiación, o por imposibilidad manifiesta de llevar a cabo las variaciones necesarias derivadas de la revisión del plan, o por disolución del promotor del plan de pensiones, si bien, salvo acuerdo en contrario, no será causa de terminación del plan de pensiones la disolución del promotor por fusión o cesión global del patrimonio, subrogándose la entidad resultante o cesionaria en la condición de promotor del plan de pensiones. En caso de disolución de la entidad promotora de un plan de pensiones del sistema individual, la comisión de control del fondo o, en su defecto, la entidad gestora podrá aceptar la sustitución de aquella por otra entidad. Si a consecuencia de operaciones societarias una misma entidad resulta promotora de varios planes de pensiones del sistema de empleo, se procederá a integrar en un único plan de pensiones a todos los partícipes y sus derechos consolidados y, en su caso, a los beneficiarios, en el plazo de doce meses desde la fecha de efecto de la operación societaria. En los planes del sistema de empleo la integración de derechos consolidados de los partícipes se hará, en su caso, necesariamente en el plan o planes del sistema de empleo en los que los partícipes puedan ostentar tal condición.

laridad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan corresponderá a los partícipes y beneficiarios, teniendo las contribuciones a los fondos de pensiones un favorable tratamiento fiscal <sup>33</sup>.

Las contingencias por las que se satisfarán las prestaciones anteriores podrán ser las ya referidas en relación con los «compromisos por pensiones». Constituyendo derechos consolidados por los partícipes en los planes de pensiones de aportación definida, la cuota parte que le corresponde (determinada en función de las aportaciones, rendimientos y gastos), y en los planes de prestación definida la reserva que le corresponda de acuerdo con el sistema actuarial utilizado <sup>34</sup>.

Los fondos de pensiones serán administrados por una entidad gestora con el concurso de un depositario y bajo la supervisión de una comisión de control. El ámbito de actuación de los «Fondos de pensiones de empleo» ha de limitarse al desarrollo de planes de pensiones del sistema de empleo, exclusivamente. Procederá la disolución de los fondos de pensiones, por revocación de la autorización administrativa, por la paralización de su comisión de control, de modo que resulte imposible su funcionamiento, por decisión de la comisión de control del fondo, y si esta no existiere, si así lo deciden de común acuerdo su promotor, entidad gestora y depositaria, o por cualquier otra causa establecida en sus normas de funcionamiento.

Una vez disuelto el fondo de pensiones se abrirá el período de liquidación, realizándose las correspondientes operaciones conjuntamente por la comisión de control del fondo y la entidad gestora. En todo caso, serán requisitos previos a la extinción de los fondos de pensiones la garantía individualizada de las prestaciones causadas y la continuación de los planes de pensiones vigentes a través de otro u otros fondos de pensiones ya constituidos o a constituir.

El acuerdo de disolución se inscribirá en el Registro Mercantil y en el Registro administrativo correspondiente, publicándose, además, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social. Ultimada la liquidación, los liquidadores deberán solicitar del Registrador mercantil y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la cancelación respectiva de los asientos referentes al fondo de pensiones extinguido.

Una singularidad sobresaliente de los fondos y planes de pensiones en nuestro sistema es la vigilancia, el control y las medidas de intervención a las que están sometidos los planes y fon-

<sup>33</sup> Sucintamente expuesto, las contribuciones a los planes de pensiones que cumplan los requisitos establecidos en esta ley tendrán el siguiente tratamiento fiscal: a) Las contribuciones de los promotores de planes de pensiones serán deducibles en el impuesto personal que grava su renta, si bien es imprescindible que se impute a cada partícipe del plan de pensiones la parte que le corresponda sobre las citadas contribuciones, quien, a su vez, la integrará en su base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; b) El partícipe de un plan de pensiones podrá reducir la parte general de su base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de acuerdo con lo establecido en la Ley reguladora del mismo.

<sup>34</sup> 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. Las prestaciones de los planes de pensiones deberán ser abonadas al beneficiario o beneficiarios previstos o designados, salvo que mediara embargo, traba judicial o administrativa, en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento correspondiente.



dos y sus entidades gestoras y depositarias<sup>35</sup>, así como que durante la liquidación y hasta la cancelación de la inscripción en el Registro administrativo, el Ministerio de Economía y Hacienda conservará todas sus competencias de ordenación y supervisión sobre la entidad gestora, fondo y plan de pensiones y, además, podrá acordar la intervención de la liquidación para salvaguardar los intereses de los partícipes, beneficiarios o de terceros. Decidida la intervención, estarán sujetas al control de la Intervención del Estado las actuaciones de los liquidadores. Aquel Ministro podrá designar liquidadores, acordando, en su caso, el cese de los designados cuando no se hubiese procedido a nombramiento de liquidadores en el plazo de los quince días siguientes a la disolución, cuando el nombramiento dentro de ese plazo lo fuese sin cumplir los requisitos legales y estatutarios, y cuando los liquidadores incumplan las normas establecidas para la protección de los partícipes y beneficiarios, las que rigen la liquidación, dificulten la misma, o hagan que esta se retrase<sup>36</sup>.

Especialmente importante en la materia que tratamos, y en esta época de «universalización» y «globalización económica», es la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones, baste aquí con indicar que al amparo de lo previsto en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, los autorizados y registrados en España podrán integrar planes de pensiones para los trabajadores promovidos por empresas establecidas en otros Estados miembros y que, asimismo, al amparo de la citada Directiva y la legislación española, los fondos de pensiones de empleo autorizados o registrados en otros Estados miembros podrán integrar planes de pensiones promovidos por empresas establecidas en España.

La realización de la actividad transfronteriza requerirá que el fondo de pensiones esté autorizado por la autoridad competente del Estado miembro del fondo de pensiones y la integración de cada plan en el fondo de pensiones de empleo correspondiente requerirá, con carácter previo, cumplir los procedimientos de comunicaciones entre el fondo de pensiones y las autoridades de supervisión de los Estados miembros de origen y de acogida. Aquella actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo se llevará a cabo respetando la legislación social y laboral de cada Estado 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, siendo, con carácter general, aplicables las normas sobre inversiones de los fondos de pensiones establecidas en la legislación del Estado miembro de origen.

Según nuestro sistema concursal, cuyo núcleo fundamental viene constituido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, la modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo tiene un

<sup>35</sup> La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá adoptar las medidas de control especial cuando las entidades gestoras o los planes o fondos de pensiones se hallen en algunas determinadas situaciones que la ley especifica. Sobre la «dimensión económico-financiera» de los planes y fondos de pensiones, SUÁREZ CORUJO, B., *op. cit.* págs. 245 y ss.

<sup>36</sup> A la singular protección para los partícipes y beneficiarios que el sometimiento a tal vigilancia y control supone, se añade la que puede derivarse de la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios. Sobre el tema MONEREO PÉREZ, J.L. [1997]: *Los planes de pensiones del sistema de empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 146 a 148.

régimen especial (arts. 64 y 65), sin que se prevean normas específicas relativas a planes de pensiones vigentes en la empresa cuyo titular sea declarado en concurso<sup>37</sup>. No obstante, como ya se indicó, la titularidad (propiedad) de los activos que integran el patrimonio del fondo de pensiones<sup>38</sup> corresponde colectiva y proporcionalmente a los partícipes y beneficiarios de los planes adscritos al fondo, los cuales son también titulares de los derechos derivados del aseguramiento o garantía del plan o de sus prestaciones, así como de cualesquiera otros derechos contractuales derivados de obligaciones y responsabilidades para con aquel plan.

Por ello, y aun cuando la masa activa del concurso la forman los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos.

Derecho de separación que tendrán los partícipes y beneficiarios respecto de los activos y demás derechos que integren, o que puedan considerarse integrados, el patrimonio del fondo declarado en concurso<sup>39</sup>. El ejercicio de ese derecho de separación parece que deberá atribuirse a la «comisión de control» correspondiente, que habrá de efectuar la pertinente solicitud a la administración concursal, al ser aquella la competente para la supervisión del cumplimiento de los planes adscritos al mismo, el control de la observancia de las normas de funcionamiento del propio fondo y de los planes adscritos y la representación del fondo<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> La Ley Concursal se limita a establecer que: 1) Constituyen créditos contra la masa: a) Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional; b) Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso; 2) Son créditos con privilegio especial los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. Son créditos con privilegio general los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

<sup>38</sup> Conviene recordar que, en relación con los procesos de inversión desarrollados, los fondos de pensiones pueden encuadrarse dentro de los siguientes tipos: a) Fondo de pensiones cerrado, destinado exclusivamente a instrumentar la inversión de los recursos del plan o planes de pensiones adscritos a aquel; b) Fondo de pensiones abierto, caracterizado por poder canalizar y desarrollar, junto con la inversión de los recursos del plan o planes de pensiones adscritos a aquel, la inversión de los recursos de otros fondos de pensiones de su misma categoría.

<sup>39</sup> Bien que tal declaración deba considerarse una circunstancia poco probable dado el régimen de vigilancia y control a que están sometidos.

<sup>40</sup> Aquellos activos y derechos deben integrarse en otro fondo, constituido a constituir, lo que además se facilita porque las obligaciones frente a tercero no podrán exceder en ningún caso del 5 por 100 del activo del fondo.

En cuanto a los créditos por las aportaciones comprometidas y no realizadas por el empresario, si este es declarado en concurso, parece que debe acudir al régimen de los contratos con obligaciones recíprocas establecido en la propia legislación concursal antes referida, aunque sin esfuerzo pueden considerarse dotados de privilegio general, con el límite legalmente establecido <sup>41</sup>.

### III. GARANTÍA POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, EN LOS PLANES DE PENSIONES DE EMPLEO, POR LOS TRABAJADORES ASALARIADOS Y NIVEL DE PROTECCIÓN EXIGIBLE

Los demandantes en el litigio principal sostenían que la Directiva 80/987 imponía a los Estados miembros una obligación de resultado y que, consecuentemente, los derechos adquiridos por los trabajadores asalariados en los planes de pensiones de empleo, ante la insolvencia del empresario, debían ser satisfechos (financiados) íntegramente por los Estados miembros. Por el contrario, tanto el Reino Unido como Irlanda, los Países Bajos y la Comisión de las Comunidades Europeas mantuvieron que el artículo 8.º de la Directiva 80/987 no exigía que los Estados miembros garantizaran la totalidad de los derechos adquiridos por los trabajadores asalariados, dejándoles un cierto margen de apreciación. Dos eran pues las cuestiones suscitadas, a saber:

- a) La primera referida a si los Estados miembros deben garantizar directa o indirectamente los derechos adquiridos y en curso de adquisición por los trabajadores asalariados en los planes de pensiones de empleo cuando el empresario era declarado insolvente y no se pudiesen satisfacer con cargo a los recursos patrimoniales del fondo de pensiones. Esto es:
  - Si la garantía ha de ser inmediata y directamente asumida por los Estados miembros.
  - Si, por el contrario, es posible que aquella garantía sea solo indirecta de tal modo que los Estados miembros pueden desplazarla mediante la utilización de instituciones (públicas u oficiales) de garantía o imponiendo la obligación de aseguramiento de los planes.
- b) La segunda alusiva a si aquella garantía, directa o indirecta, debe abarcar la totalidad o solamente una parte o porcentaje de aquellos derechos adquiridos y en curso de adquisición.

Adelantando la conclusión a la que llegó el Tribunal de Justicia comunitario, puede afirmar-se que aquel Alto Tribunal establece, con rotundidad, en la sentencia objeto de comentario lo siguiente:

<sup>41</sup> Al aludir la Ley Concursal a «los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse (...) para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe».

«En caso de insolvencia del empresario y de insuficiencia de los recursos patrimoniales de los planes de pensiones complementarios, profesionales o interprofesionales, la financiación de los derechos adquiridos a prestaciones de vejez no debe obligatoriamente estar a cargo de los propios Estados miembros ni ser íntegra.»

Finaliza con aquella conclusión el Tribunal de Justicia comunitario un largo razonamiento, no irrefutable, y sobre el que merece la pena efectuar algunas reflexiones.

### **1. Sobre si la garantía de los Estados miembros es directa o indirecta.**

Según indica el Tribunal de Justicia comunitario «el tenor literal del artículo 8.º de la Directiva, en la medida en que dispone con carácter general que los Estados miembros "se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias":

- a) "No impone a dichos Estados miembros la obligación de que ellos mismos financien los derechos a prestaciones cuya protección debe realizarse en virtud de la Directiva".
- b) "Deja (según los términos utilizados) a los Estados miembros cierto margen de apreciación en cuanto a los mecanismos que hayan de adoptarse para lograr tal protección"».

Así y dada la literalidad de la norma «un Estado miembro puede prever, por ejemplo, en lugar de la financiación por los poderes públicos, una obligación de seguro a cargo de los empresarios o el establecimiento de una institución de garantía cuyas modalidades de financiación determinen el mismo», añade el Alto Tribunal comunitario, afirmando lo siguiente:

«En caso de insolvencia del empresario y de insuficiencia de los recursos patrimoniales de los planes de pensiones complementarios, profesionales o interprofesionales, la financiación de los derechos adquiridos a prestaciones de vejez no deben obligatoriamente estar a cargo de los propios Estados miembros.»

En el mismo sentido se pronuncia la Abogada General <sup>42</sup>. Según aquella ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario, «el tenor literal de la Directiva no prevé que los propios Estados miembros deban responder por los impagos de las pensiones ni que estos deban ser los últimos garantes cuando los sistemas de protección operantes no puedan ofrecer una cobertura suficiente».

Al contrario, continúa aquella Abogada General, «el tenor literal del artículo 8.º de la Directiva precisa de manera consciente, con la expresión "se asegurarán", que los Estados miembros solo deben asegurar el resultado de que se garantice la protección de los trabajadores asalariados. La vía para alcanzar este resultado queda a elección de los Estados miembros. La formulación ha

<sup>42</sup> Sra. Juliane KOKOTT, en su escrito de conclusiones presentado el 13 de julio de 2006.

sido elegida de tal manera que, en particular, también pueda transmitirse a los empresarios la obligación de adoptar las medidas necesarias, imponiéndoles, por ejemplo, una obligación legal de asegurar las pensiones a cuyo pago se han comprometido o de crear instituciones conjuntas de garantía».

Esta interpretación, a juicio de aquella ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario, «se ve confirmada por una interpretación *a sensu contrario* del tenor literal del artículo 7.º, que establece que los Estados miembros "adoptarán las medidas necesarias para garantizar". Si el artículo 8.º, que sigue directamente a aquel artículo 7.º no repite la formulación del artículo 7.º, sino que, apartándose del mismo y de manera más débil, exige que los Estados miembros se aseguren de algo, se pone de manifiesto que el artículo 8.º precisamente no exige de los Estados miembros medidas directas, sino que estas pueden delegarse en terceros. Por consiguiente, los Estados miembros no ocupan el lugar de un último fiador o garante, por lo que no tienen que asumir el pago de las pensiones».

Argumentos no irreprochables, tanto por su desarrollo como porque ponen de manifiesto la peligrosidad de interpretaciones *contrario sensu*. Efectivamente, tanto el Alto Tribunal comunitario como la Abogada General lo que realmente hacen, al ser imposible la utilización del criterio gramatical por no ser inequívoca la expresión «se asegurarán» (utilizada en la norma a interpretar), es adoptar una determinada posición (prejuicio) acerca del significado del vocablo «asegurar», y a partir de la misma desarrollan su argumentación, que, por otra parte, no es inobjetable en términos de deducibilidad o racionalidad teórica (lógica formal).

El problema fundamental de aquella argumentación se ubica en la posición de partida, que no es de recibo, porque precisamente ha de tomarse aquel término («asegurar») no en sentido vulgar sino técnico jurídico, lo cual supone que o bien los Estados (miembros) directamente organizan la protección o bien asumen una posición vicaria o garantista, no pudiendo eludir su responsabilidad mediante la instrumentación de un intermediario, llámese institución (pública) de garantía o entidad aseguradora, a la que desplacen definitivamente el riesgo, que es lo que parece indicarse en la sentencia objeto de comentario.

Para poner de manifiesto el carácter no irreprochable de aquellos razonamientos basta con adoptar una perspectiva histórica. Efectivamente «a finales del s. XIX, razones políticas (...) y económicas (...) hacen que nazca, sobre el modelo del seguro privado, el seguro social (que) objetiva la cobertura y el acceso a la protección (que) no queda condicionada a la pobreza y consiguiente competición con otros, sino que la condición de obrero industrial es, a la vez que necesario, presupuesto suficiente para exigirla (...). El corto espacio de tiempo que media entre el nacimiento del seguro social (...) y la transformación de las ideas sobre la protección social, a raíz de los últimos años de la segunda Guerra Mundial, contrasta con la intensidad de aquel en la generalización de las formas de protección social, configuradas como derechos subjetivos de los trabajadores<sup>43</sup>», de ahí se pasa

<sup>43</sup> DE LA VILLA, L.E., «El modelo Constitucional de protección social», recogido en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. «Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique DE LA VILLA GIL. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». PALOMEQUE, L.C. y GARCÍA-PERROTE, I., coordinadores, CEF, 2006, Madrid, págs. 1.534 a 1.545.

en un salto cualitativo sin precedentes en la protección social a los sistemas de Seguridad Social, hoy día complementados con la protección mediante planes y fondos de pensiones, que tienen el sentido de descargar al sistema público de carga financiera, pero no de provocar un salto atrás, una involución, tal que aquel sistema de protección social haya dejado de ser público para convertirse o volver a ser un sistema privado, por más que asegurado obligatoriamente, pues eso es precisamente lo que impide rotundamente el artículo 8.º de la Directiva 80/987.

## 2. Acerca del nivel de protección exigible.

En cuanto al nivel de protección que exige la Directiva, ha de recordarse que, en virtud del primer considerando de esta, las medidas necesarias para la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario deben adoptarse «teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad», afirma el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario. Esto es, según el Alto Tribunal comunitario la Directiva tiene el siguiente doble propósito:

- a) «Conciliar los intereses de los trabajadores por cuenta ajena y las necesidades de un desarrollo económico y social equilibrado.»
- b) «Garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario sin perjuicio de las disposiciones más favorables que los Estados miembros puedan aplicar o establecer <sup>44</sup>.»

Objetivos que deben compatibilizarse, se precisa en la sentencia que se comenta, de tal manera que «el grado de protección que exige la Directiva para cada una de las garantías específicas que establece debe determinarse basándose en los términos utilizados en la correspondiente disposición, interpretados, si resulta necesario, a la luz de las mencionadas consideraciones», concluyendo con la siguiente afirmación pretendidamente apodíctica, pero en sí misma más que cuestionable:

«En lo que atañe a la garantía de los derechos a prestaciones de vejez, en virtud de los regímenes complementarios de previsión, el artículo 8.º de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que exija una garantía íntegra de los derechos en cuestión.»

<sup>44</sup> Según autoriza su artículo 9.º. Ha de recordarse que ya el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 19 de noviembre de 1992, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Francovich, fundamento jurídico 3.º, había indicado que «la Directiva 80/987 pretende garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que existan en los Estados miembros, reiterándola en abundante jurisprudencia, así en sus Sentencias de 10 de julio de 1997, asunto C-373/95, Maso y otros, de 14 de julio de 1998, asunto C-125/91, Regeling, de 18 de octubre de 2001, asunto C-441/99, Gharehveran y de 11 de septiembre de 2003, asunto C-201/01, Walcher.

Es cierto, añade el Alto Tribunal comunitario, «que el citado artículo 8.º, al igual que el artículo 7.º de la Directiva, relativo a los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, y contrariamente a los artículos 3.º y 4.º de esa misma Directiva, relativos a los créditos impagados correspondientes a retribuciones, no prevé expresamente la facultad de los Estados miembros de limitar el nivel de protección», sin embargo (precisa lo siguiente):

- «La inexistencia de una indicación expresa en ese sentido no implica por sí misma, independientemente del tenor literal de la disposición de que se trata, la voluntad del legislador comunitario de imponer una obligación de garantizar la totalidad de los derechos a prestaciones.»
- «En la medida en que el artículo 8.º de la Directiva se limita a adoptar las medidas necesarias para "proteger los intereses" de las personas afectadas, dicho artículo atribuye a los Estados miembros un amplio margen de apreciación a efectos de determinar el nivel de protección, que excluye una obligación de garantía íntegra.»

Establecido también que la Directiva impone un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, pero que tal protección no ha de ser íntegra, resulta la necesidad de determinar cuál es o dónde se coloca ese nivel mínimo de protección exigible. Esto es, como precisa al Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario:

«Al no existir obligación de garantizar los derechos a prestaciones, procede determinar el nivel mínimo de protección que exige la Directiva.»

Al respecto, entiende el Alto Tribunal comunitario que «es preciso declarar que, a diferencia de los artículos 3.º y 4.º de la Directiva, cuyos términos permiten determinar, pese al margen de apreciación dejado a los Estados miembros, la garantía mínima impuesta en lo que atañe a los créditos impagados correspondientes a retribuciones <sup>45</sup>, ni el artículo 8.º de la Directiva ni ninguna otra disposición de esta contienen datos que permitan determinar con precisión el nivel mínimo exigido de protección de los derechos a prestaciones en virtud de planes de pensiones complementarios».

Afirmación tan sorprendente que el propio Alto Tribunal se ve obligado, acto seguido, a rectificar en buena medida, a fin de eliminar la contradicción en que incide («procede determinar el nivel de protección y no es posible determinar el nivel de protección»), indicando lo siguiente:

<sup>45</sup> *Vid.* en relación con los salarios o retribuciones la STJCE de 19 de noviembre de 1992, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Francovich.

«No obstante, a la vista de la voluntad expresada hasta la fecha por el legislador comunitario, es preciso declarar que no puede considerarse que respondan a la definición del término "proteger" utilizado en el artículo 8.º de la Directiva unas disposiciones de Derecho interno que pueden proporcionar una garantía de las prestaciones que, en determinadas situaciones, se limita al 20 por 100 o al 49 por 100 de los derechos que corresponden a un trabajador por cuenta ajena, es decir, menos de la mitad de sus derechos.»

Tras semejantes apreciaciones puede afirmarse, dicho con los debidos respetos y en términos de defensa, utilizando terminología forense, que el razonamiento del Alto Tribunal comunitario es inconsistente y que, además, ha confundido en la sentencia que se comenta sistemas de Seguridad Social complementaria (fondos y planes de pensiones) con sistemas asistenciales, lo que probablemente no sea completamente ajeno al sino de los tiempos pero que debería urgentemente rectificar<sup>46</sup>.

Más razonable es la posición de la Abogada General, según la cual el alcance de la protección del artículo 8.º debe determinarse a partir de la interpretación de las siguientes expresiones, «proteger los intereses en lo que se refiere a derechos adquiridos a prestaciones de vejez» y «medidas necesarias»<sup>47</sup>, pasando, a continuación, a analizar los siguientes aspectos que considera indispensable aclarar y determinar con precisión para llegar a una correcta solución de la problemática planteada:

- «Intereses protegidos por el artículo 8.º de la Directiva 80/987.»
- «Perjuicio debido a la insolvencia del empresario.»
- «Nivel de protección del artículo 8.º de la Directiva 80/987.»

Según la ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario el artículo 8.º precitado «tiene como objetivo la protección de los intereses y no de los derechos o créditos de los trabajadores». Indica aquella Abogada General que «con esta formulación el legislador comunitario toma en consideración el hecho de que la insolvencia del empresario no afecta a la existencia jurídica de los derechos de los trabajadores asalariados, sino a su valor económico»<sup>48</sup>, añadiendo que «si el artículo 8.º

<sup>46</sup> Ya indicaba DE LA VILLA, L.E., «El contenido constitucional de la asistencia social», trabajo recogido en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. «Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique DE LA VILLA GIL. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». PALOMEQUE, L.C. y GARCÍA-PERROTE, I., coordinadores, CEF, 2006, Madrid, pág. 1.591, que «a partir de la aprobación de la Constitución Española, y de la asunción expresa de competencias en materia de asistencia social por parte de las Comunidades Autónomas, ha tenido lugar un sorprendente proceso de "asistencialización" de la protección social, e incluso de la seguridad social».

<sup>47</sup> Bien que añada que «el alcance del artículo 8.º viene determinado asimismo por otro requisito, a saber, que el menoscabo de los derechos a prestaciones de vejez se deba a la insolvencia del empresario».

<sup>48</sup> Precizando que «si el artículo 8.º de la Directiva hubiera establecido una protección de los créditos de los trabajadores asalariados, esta protección habría quedado vacía de contenido, porque la insolvencia del empresario no menoscaba los



persigue proteger el interés de los trabajadores asalariados en lo que se refiere a sus derechos adquiridos o a sus derechos en curso de adquisición a prestaciones de vejez entonces lo que pretende es, en otras palabras, proteger el interés de los trabajadores asalariados en el pago de sus pensiones».

Respecto de la exigencia de que el perjuicio sea debido a la insolvencia del empresario, precisa la Abogada General que, ciertamente, «la financiación deficitaria de un plan de pensiones de empleo conlleva indudablemente un menoscabo de los intereses de los trabajadores asalariados respecto de sus expectativas de pensiones, porque en este supuesto los recursos patrimoniales de la empresa promotora no alcanzan para satisfacer todos los créditos» y que si bien «un déficit de financiación del plan de pensiones de empleo no queda *prima facie* comprendido en el ámbito de protección del artículo 8.º»<sup>49</sup> resulta que «la estructura de un concreto plan de pensiones de empleo puede, apartándose de este planeamiento básico, tener finalmente como resultado que también la realización efectiva de riesgos inherentes al sistema, en caso de insolvencia del empresario, suponga un perjuicio debido a la insolvencia, en el sentido del artículo 8.º».

Ciertamente, como precisa la Abogada General «si los recursos patrimoniales no son suficientes para cumplir con todas las expectativas de pago acordadas y este déficit ya no puede compensarse a causa de la insolvencia, el déficit financiero es una consecuencia de la insolvencia del empresario. Con la insolvencia se realiza el riesgo que para los intereses del trabajador constituye financiación deficitaria transitoria, ya que en este caso no tienen lugar los pagos complementarios. El riesgo se convierte en un menoscabo insubsanable de sus intereses»<sup>50</sup>.

Pero probablemente el punto más sobresaliente de la argumentación de la Abogada General se sitúe en la determinación del nivel de protección que se impone por el artículo 8.º, según la ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario:

---

créditos en sí. Lo que sí puede impedir la insolvencia del empresario es el pago de los créditos a los que tienen derecho los trabajadores asalariados. En consecuencia la formulación empleada en el artículo 8.º pone claramente de manifiesto que el objeto de protección es el interés económico de los trabajadores asalariados en el pago efectivo de los créditos, que siguen existiendo de manera limitada».

<sup>49</sup> «Habida cuenta que la realización efectiva de los riesgos generales de un sistema de pensiones (tales como una evolución imprevista del mercado de capitales, el hecho de que no se cumplan pronósticos demográficos o una mala gestión) no guarda básicamente ninguna relación con una eventual insolvencia del empresario, sino que más bien es independiente de la misma», precisa.

<sup>50</sup> Advierte la ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario de que «la financiación deficitaria de un plan de pensiones, básicamente, no supone un menoscabo frente al cual el artículo 8.º protege a los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. La especial organización y estructura de un plan de pensiones puede, sin embargo, llevar a que deba corregirse este planteamiento básico, y a que también un déficit financiero suponga un perjuicio debido a la insolvencia, frente al cual el artículo 8.º de la Directiva garantiza protección». Ese resultado, precisa, «no se opone a la Directiva 2003/41, sobre las actividades de supervisión de fondos de pensiones de empleo (...) con la aprobación de la Directiva 2003/41 se establecieron por primera vez disposiciones explícitas sobre la financiación de fondos de pensiones de empleo (...) el artículo 16, apartado 2, de esta Directiva incluso permite una financiación deficitaria transitoria. No obstante, de ello no puede deducirse nada útil para la comprensión del artículo 8.º de la Directiva 80/987. Esto se debe a que ambas Directivas tienen objetos de regulación diferente».

«De la interpretación del artículo 8.º de la Directiva se desprende, (...), que este artículo sí exige una protección íntegra.»

Para desentrañar el sentido de aquel precepto comunitario utiliza aquella Abogada General tres diferentes criterios interpretativos, a saber: el gramatical, el sistemático y el teleológico.

Según expone, en relación con la aplicación del primero de aquellos criterios, «el tenor literal del artículo 8.º de la Directiva se refiere, haciendo para ello uso de una amplia formulación, a los intereses de los trabajadores asalariados relativos a sus pensiones que son dignos de protección». La expresión «intereses relativos a derechos alude, (...), al interés económico inherente a un derecho» y «el interés relativo a un derecho derivado de un plan de pensiones de empleo equivale al interés económico en que se realice el pago de la pensión acordada en el marco de dicho plan de pensiones. Este interés económico está orientado al pago íntegro de las pensiones acordadas. No es precisamente acorde con los intereses de un trabajador asalariado de recibir solo una parte de la pensión acordada contractualmente».

Para la aplicación del segundo criterio parte la Abogada General de la ubicación del artículo 8.º, tantas veces citado, en la Sección III de la Directiva 80/987, cuyo contenido y ordenación difiere sustancialmente del correspondiente a la Sección II de la misma norma comunitaria. Efectivamente si en la Sección II, «dedicada a la protección de los salarios de los trabajadores, se encuentran limitaciones explícitas a la protección», nada de eso ocurre en la Sección III, sin que valga pretensión alguna de aplicación analógica, pues «la Sección II contiene preceptos sobre las instituciones de garantía destinadas a asegurar el pago de créditos salariales de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, mientras que la Sección III contiene preceptos sobre seguridad social». Concluyendo lo siguiente:

«Estas diferentes materias normativas difieren claramente respecto a su contenido y (...) los intereses que regulan no son comparables.»

Esa incomparabilidad la fundamenta en sólidas, graves y acertadas apreciaciones, que expone en los siguientes términos:

- a) «El impago de los salarios resulta evidente para el trabajador asalariado y tiene lugar en la mayoría de los casos durante un breve período de tiempo. En cualquier caso, los trabajadores asalariados pueden reaccionar relativamente rápido».
- b) «Los sistemas de pensiones, por el contrario, se caracterizan casi siempre por su enorme complejidad y las consecuencias de los impagos de las pensiones esperadas son muy graves, de larga duración y casi imposibles de corregir.»

La aplicación del criterio teleológico no hace sino abundar en los mismos resultados interpretativos. Efectivamente «la interpretación basada en el espíritu y finalidad también corrobora la solu-

ción propuesta», indica la ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario, pues «en relación con los trabajadores asalariados y sus derechos a percibir una pensión en caso de insolvencia del empresario, la necesidad de protección es especialmente alta», por las siguientes razones:

- «Porque el trabajador debe poder confiar en que llegado el momento de la jubilación, además de las derivadas de la previsión legal, también recibirá las pensiones que le corresponden en virtud de un plan de pensiones de empleo».
- «Porque por regla general ambos componentes de su previsión para la vejez le garantizan un nivel de vida adecuado tras la jubilación.»

A todo ello se añade, a juicio de la Abogada General, que «una especial necesidad de protección del trabajador asalariado tiene lugar en relación con los derechos de pensión ya adquiridos –precisamente en comparación con los créditos relativos a la percepción de del salario en caso de insolvencia del empresario, los cuales, por naturaleza, no son de larga duración– especialmente también debido al hecho de que una reducción de los derechos de la pensión produce efectos durante todo el período de percepción de la pensión y, generalmente, no es posible compensar *a posteriori* en déficit en la previsión».

Si además de esto, continúa argumentando con especial acierto aquella Abogada General, «la previsión legal para la vejez solo ofrece una Seguridad Social básica (...), la necesidad de protección de las pensiones derivadas del plan de pensiones de empleo es aún mayor»<sup>51</sup>. Afortunada argumentación (cuya resultancia práctica, sin embargo, finalmente rebaja en un exceso de «economicismo»<sup>52</sup>) si se tiene en cuenta la generalización de aquel fenómeno en las sociedades occidentales y la «asistencialización» de los sistemas de Seguridad Social.

<sup>51</sup> Concluyendo, no obstante, aquella Abogada General con una importante matización de la «protección íntegra», antes defendida, pasando a concluir con la siguiente formulación: «El artículo 8.º de la Directiva 80/987 exige una amplia protección de los intereses de los trabajadores asalariados en lo relativo a sus derechos derivados de un plan de pensiones de empleo en caso de insolvencia del empresario, de tal modo que, precisa, solo en situaciones excepcionales limitadas puede admitirse la posibilidad de reducir el nivel de protección íntegra de los derechos del trabajador asalariado, que constituye el principio general». Añadiendo que solo «en el supuesto en que solo existiera a favor del trabajador una necesidad de protección reducida y de que asegurar íntegramente sus derechos produjera costes desproporcionados, podría admitirse que se está ante un caso excepcional respecto al cual, y tras haber sopesado ambos aspectos, unible de protección inferior podría resultar adecuado». Esto es, que «podrían aceptarse limitaciones razonables, por ejemplo, respecto a los derechos en curso de adquisición de trabajadores asalariados que aún están muy lejos de la edad de jubilación y para los que aún quedan abiertas posibilidades de compensación o en caso de pensiones muy superiores a la media».

<sup>52</sup> Al afirmar que «si bien "la protección del trabajador debe ser garantizada teniendo en cuenta para ello la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad, por lo tanto, no de manera absoluta", resulta que en este contexto, son sobre todo los efectos económicos de la garantía de protección de los derechos de los trabajadores asalariados los que adquieren especial relevancia. Esto se debe a que estas medidas de protección ocasionan unos costes considerables, los cuales a su vez tienen repercusiones en la economía (de los Estados miembros)». Aquellas observaciones junto con la vaguedad de la noción «amplia protección» utilizada, le posibilita la introducción de excepciones o «rebajas», frente al rigorismo de la «protección íntegra» antes afirmada como inherente al artículo 8.º de la Directiva 80/987.

#### **IV. RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO MIEMBRO POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A SUS CIUDADANOS, AL NO HABER ADAPTADO SU DERECHO NACIONAL AL DERECHO COMUNITARIO, O HABERLO EFECTUADO DEFECTUOSA O INCORRECTAMENTE**

Según reiterada jurisprudencia comunitaria <sup>53</sup> un Estado miembro puede tener que responder por daños y perjuicios por violación del Derecho comunitario. Para ello es preciso que concurren los siguientes requisitos <sup>54</sup>:

- a) Que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, cuyo contenido pueda ser determinado sobre la base de esa misma norma.
- b) Que la violación esté «suficientemente caracterizada».
- c) Que exista una «relación directa de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado miembro y el daño sufrido por las víctimas» (sus ciudadanos).

Sobre la concurrencia del primero de aquellos requisitos en el caso objeto de atención en la sentencia que se comenta, y que supone que la norma violada esté destinada a conferir derechos a los particulares cuyo contenido pueda ser determinado con suficiente precisión sobre la base de esa norma comunitaria que obligue a que el ordenamiento jurídico del Estado miembro se adapte a su contenido <sup>55</sup>, no parece que el Tribunal de Justicia comunitario albergue dudas.

Sin embargo, en torno al segundo de los requisitos antes mencionados, esto es que «la violación (del Derecho comunitario) esté suficientemente caracterizada», sí plantea el Alto Tribunal comunitario importantes objeciones para efectuar una condena al Estado miembro a la sazón demandado. Efectivamente, al respecto parte el Tribunal de Justicia comunitario de que «en el supuesto de que el Estado miembro no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, por no decir inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada» <sup>56</sup>, Concluyendo lo siguiente:

<sup>53</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia comunitario de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pecheur y Factortame de 2 de abril de 1998, asunto C-319/96, Brinkmann, y de 4 de julio de 2000, asunto C-242/97, Haim.

<sup>54</sup> *Vid.* STJCE de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Francovich, según la cual «si bien el Derecho comunitario impone el principio de la responsabilidad del Estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado; cuando (...), un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización (...) que está basado directamente en el Derecho comunitario».

<sup>55</sup> En el estado actual del Derecho comunitario esa norma ha de ser normalmente una Directiva. Por ello cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del Tratado CE, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización.

<sup>56</sup> En ese sentido se pronunció el Alto Tribunal comunitario en su Sentencia de 23 de mayo de 1996, asunto C-5/94, Hedley Lomas.

- «Que el margen de apreciación del Estado miembro constituye un criterio importante para determinar la existencia de una violación suficientemente caracterizada.»
- «Que tal margen de apreciación depende en gran medida del grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada <sup>57</sup>.»

«Por consiguiente», precisa el Alto Tribunal comunitario, «la responsabilidad de un Estado miembro como consecuencia de la adaptación incorrecta de la mencionada disposición está supeditada a la constatación de una inobservancia manifiesta y grave, por parte de dicho Estado, de los límites impuestos a su facultad de apreciación <sup>58</sup>.»

Añadiendo que el artículo 8.º de la Directiva 80/987 «debido a la generalidad de los términos en que está redactado (...) atribuye a los Estados miembros un amplio margen de apreciación a efecto de determinar el nivel de protección de los derechos a prestaciones», y concluyendo con una remisión al órgano jurisdiccional remitente, por entender que es el competente para imponer al Estado miembro correspondiente, en su caso, una condena por daños y perjuicios causados a sus nacionales respectivos por la falta o defectuosa adaptación de su Derecho interno al contenido de la Directiva 80/987. Remisión que no es un simple reenvío sino que precisa el marco de las posibles responsabilidades estatales indicando que «en caso de adaptación incorrecta del Derecho interno al contenido del artículo 8.º de la Directiva 80/987», la responsabilidad del Estado miembro no surgirá automáticamente sino que estará «supeditada a la constatación de aquella inobservancia manifiesta y grave, por parte de dicho Estado, de los límites impuestos a su facultad de apreciación».

## V. CONCLUSIÓN

La doctrina sentada en la STJCE de 27 de enero de 2007 (asunto C-278/05) concita necesariamente juicios críticos diferentes por no decir contrapuestos. Efectivamente, en cuanto alude a que «el Derecho comunitario (Directiva 80/987) garantiza a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que los Estados miembros puedan aplicar o establecer», merece un juicio favorable. Por el contrario, en cuanto afirma que «en caso de insolvencia del empresario y de insuficiencia de los recursos patrimoniales de los fondos de pensiones complementarios, profesionales o interprofesionales, la financiación de los derechos adquiridos a prestaciones de vejez no debe obligatoriamente estar a cargo de los propios Estados miembros ni ser íntegra», merece un juicio desfavorable.

<sup>57</sup> Por el contrario, precisa el Alto Tribunal comunitario, «no concurre una violación suficientemente caracterizada cuando existe un error de Derecho excusable o cuando las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan contribuido a la omisión, adopción o mantenimiento de medidas nacionales contrarias al Derecho comunitario», precisa la Abogada General en su conclusión 97.

<sup>58</sup> En el caso objeto de atención, precisa el Tribunal de Justicia que «ni las partes del litigio principal, ni los Estados miembros que han presentado observaciones, ni la comisión han sido capaces de determinar con precisión el nivel mínimo exigido de protección de los derechos a prestaciones».

Nuestro ordenamiento jurídico satisface, con más acierto y rigor, la exigencia de salvaguardia de 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 este, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales», contenida en el artículo 8.º de la Directiva 80/987, mejorando sustancialmente la cuestionable doctrina contenida en la STJCE de 25 de enero de 2007 (asunto C-287/05) que, como Jano, ofrece doble cara, una de las cuales merece el aplauso y otra el reproche.