

JOSEP MORENO GENÉ
ANA MARÍA ROMERO BURILLO

*Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Lleida*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2003** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Tomás SALA FRANCO, doña Amparo BALLESTER PASTOR, don Ángel BLASCO PELLICER, don José LAGUARDA RODRIGO, don Ricardo MARTÍNEZ BAU y don Rafael ORTIZ CERVELLO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

La importancia creciente que en estos últimos años han alcanzado los Planes y Fondos de Pensiones hace necesario el estudio de su régimen jurídico siendo uno de los aspectos más conflictivos del mismo la determinación de las responsabilidades empresariales derivadas de su constitución –compromiso de formalización y, en su caso, la financiación del Plan por parte de las empresas (realización de aportaciones empresariales al Plan de Pensiones).

La vocación de permanencia en el tiempo que caracteriza a los Planes y Fondos de Pensiones comporta que dicho estudio no deba limitarse a su vertiente estática, sino que necesariamente abarque su vertiente dinámica, es decir, las vicisitudes que dicho Plan de Pensiones sufre a lo largo de su existencia. Por ello, uno de los aspectos más trascendentes en el devenir de un Plan de Pensiones es la forma en que le afectan las transformaciones del promotor del Plan, especialmente en un contexto socioeconómico caracterizado por los cambios en la forma de organización de la empresa y, por tanto, del empresario.

En esta dirección en este trabajo se analiza cómo algunas de las alteraciones más significativas que ha sufrido o puede sufrir el empresario afectan al régimen de responsabilidades derivado de la constitución de un Plan de Pensiones, a saber: los grupos de empresa, las fusiones y escisiones de empresas y la descentralización productiva.

.../...

.../...

Con esta finalidad, se abordan con carácter previo algunos de los elementos esenciales del régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones, así como las transformaciones más importantes sufridas por la organización empresarial. Una vez realizado dicho análisis se lleva a cabo el estudio del régimen jurídico laboral de los Planes y Fondos de Pensiones ante las nuevas formas de organización de la empresa, para lo cual se analizan los Planes de Pensiones en los supuestos de transmisión de la empresa, en los grupos de empresa y en los supuestos de subcontratación.

Este estudio se realiza con la vocación de alcanzar el necesario equilibrio entre las necesidades empresariales de organizarse de la mejor manera para satisfacer las necesidades del mercado y los derechos de los trabajadores en una materia tan sensible como es el ver garantizada la cobertura de sus derechos de protección social ante la materialización de las contingencias previstas en un Plan de Pensiones –incapacidad permanente, jubilación, orfandad y viudedad–. En definitiva, ni las nuevas formas de organización de la empresa pueden suponer un obstáculo al establecimiento de los Planes y Fondos de Pensiones, ni éstos pueden suponer un freno a las nuevas formas de organización empresarial.

Sumario:

- I. Planteamiento del tema.
- II. Los Planes y Fondos de Pensiones como sistema de protección social complementaria de los trabajadores.
 1. El papel de los Planes y Fondos de Pensiones en el marco de la protección social de los trabajadores.
 2. Una breve aproximación a la regulación de los Planes de Pensiones del sistema de empleo.
- III. Las nuevas formas de organización de la empresa.
 1. El creciente auge de las nuevas formas de organización de la empresa.
 2. Las necesidades de concentración empresarial.
 3. Las exigencias de flexibilidad empresarial.
- IV. El régimen jurídico-laboral de los Planes y Fondos de Pensiones ante las nuevas formas de organización de la empresa.
 1. Los Planes y Fondos de Pensiones ante la transmisión de la empresa.
 2. Los Planes y Fondos de Pensiones en los grupos de empresa.
 3. Descentralización productiva y Planes y Fondos de Pensiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Durante los últimos años ha proliferado la constitución de Planes y Fondos de Pensiones con los que se pretende no tanto garantizar la obtención de una cobertura de protección social, la cual se encuentra garantizada por el sistema de prestaciones públicas de la Seguridad Social, sino el mantenimiento del nivel de rentas que tienen los trabajadores durante su vida activa. La importancia creciente de estos mecanismos de protección social complementaria justifica los estudios que en torno a su régimen jurídico se han desarrollado por la doctrina, siendo uno de los aspectos más conflictivos la determinación de las responsabilidades empresariales derivadas de su constitución –compromiso de formalización y, en su caso, la financiación del Plan por parte de las empresas (realización de aportaciones empresariales al Plan de Pensiones)–.

El análisis de estas responsabilidades no puede permanecer al margen de las transformaciones que viene sufriendo la empresa y, por extensión, el empresario. En este sentido, si bien tradicionalmente para estudiar la figura del empresario y de la organización empresarial se había utilizado un concepto unitario simple, en el que el empleador, persona física o jurídica, era titular de una empresa que, con uno o varios centros de trabajo, desarrollaba autónomamente una determinada actividad productiva, utilizando directamente los servicios de una colectividad de trabajadores asalariados; en la actualidad, la realidad es mucho más compleja, siendo necesario abordar las nuevas formas organizativas que presenta la organización empresarial, que lenta pero inexorablemente, ha ido abandonando el tradicional modelo fordista-taylorista, en aras de unas pretendidas exigencias inexorables de concentración y flexibilidad.

Frente a los iniciales intentos por parte del ordenamiento jurídico de prohibir o, en cualquier caso, entorpecer o dificultar el desarrollo de estas transformaciones empresariales a la sazón consideradas como perversas y fraudulentas para los derechos de los trabajadores, en estos momentos, constituye un punto de encuentro la percepción de la necesidad de normalizar y tipificar estos fenómenos, que ya no son considerados como mecanismos necesariamente dirigidos a menoscabar los derechos de los trabajadores, sino que, por el contrario, se admite la posibilidad de que los mismos puedan tener su origen y justificación en decisiones estrictamente económicas, a las que el ordenamiento jurídico debe dar acogida y, en su caso, atribuir consecuencias jurídicas.

En base a estas premisas, en este trabajo se pretende abordar cómo algunas de las alteraciones más significativas que ha sufrido o puede sufrir el empresario afectan al régimen de responsabilidades derivado de la constitución de un Plan de Pensiones, a saber: los grupos de empresa, las fusiones y escisiones de empresas y la descentralización productiva.

Este estudio se realiza con la vocación de alcanzar el necesario equilibrio entre las necesidades empresariales de organizarse de la mejor manera para satisfacer las necesidades del mercado y los derechos de los trabajadores en una materia tan sensible como es el ver garantizada la cobertura de sus derechos de protección social ante la materialización de las contingencias previstas en un Plan de Pensiones –incapacidad permanente, jubilación, orfandad y viudedad–.

Con esta finalidad, en los siguientes apartados se procederá a analizar brevemente algunos de los aspectos esenciales del régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones, así como las transformaciones sufridas por la organización empresarial, a partir de cuyo estudio podremos ya abordar posteriormente en profundidad la incidencia que las transformaciones empresariales están teniendo en relación con el régimen jurídico de los Planes de Pensiones.

II. LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA DE LOS TRABAJADORES

1. El papel de los Planes y Fondos de Pensiones en el marco de la protección social de los trabajadores.

En términos generales, las reformas normativas que se han venido realizando en estas últimas décadas en materia de protección social se han llevado a cabo bajo el constante signo de la crisis económica y la necesaria reordenación de los recursos públicos para garantizar la viabilidad de los sistemas de protección dirigidos a la ciudadanía ¹.

Esta política reformista ha tenido como uno de sus ejes centrales las pensiones de la Seguridad Social, y en base a criterios de racionalización y sistematización se ha abordado la modificación de algunas de las pensiones más importantes con las que cuenta nuestro actual sistema de Seguridad Social, como es el caso de la pensión de jubilación. Un ejemplo de esta tendencia reformista lo encontramos en la Ley 24/1997, la cual comportó el establecimiento de nuevas pautas en el cálculo y reconocimiento de la pensión de jubilación contributiva, endureciendo los requisitos para su obtención lo cual, si lo sumamos a las características de nuestro actual mercado de trabajo, puede llevar a que algunos colectivos tengan ciertas dificultades en alcanzar el nivel de cobertura «suficiente» para responder de manera adecuada a la nueva situación de inactividad del individuo.

El repliegue que realizan los poderes públicos en este ámbito supone, desde un plano teórico, un incentivo para que la iniciativa privada participe con la articulación de diversas técnicas en el ámbito de la cobertura de las situaciones de necesidad a las que van dirigidas las prestaciones ofrecidas por la Seguridad Social ². De esta forma, aun cuando este repliegue no puede llevar a la desaparición de esta parte de la protección social pública, dados los términos en que se expresa el texto constitucional en su artículo 41, sí que ofrece un mayor margen de actuación a otras técnicas organizadas fuera del marco de la Seguridad Social, relanzando, de esta forma, esa «asistencia y prestaciones complementarias» a las que se refiere en el último inciso este mismo precepto constitucional ³.

Ahora bien, el relanzamiento de la iniciativa privada en el plano de la protección social no sólo se ha producido de una manera indirecta, sino que ha contado con apoyos de carácter normativo directos que han supuesto una potenciación de dichas medidas. En este sentido, baste recordar la Recomendación Decimocuarta del Pacto de Toledo, que con el título «sistema complementario», reconocía expresamente la necesidad de posibilitar la complementación voluntaria del sistema público por medio de sistemas de ahorro y protección social externos a la Seguridad Social que tengan por objetivo mejorar el nivel de prestaciones que otorga la Seguridad Social ⁴, lo cual tuvo su continuación con la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado y más recientemente con la aprobación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que ha llevado a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones ⁵, lo cual puede, de alguna forma, asegurar la adecuación de dicho instrumento a las necesidades de protección actuales ⁶.

Teniendo en cuenta estos referentes normativos, no es aventurado afirmar que el desarrollo de técnicas privadas en el ámbito de la protección social es cada vez más importante ⁷, destacando entre éstas el desarrollo de los Planes y Fondos de Pensiones como se pone de manifiesto por diversos estudios ⁸.

Las razones, que a nuestro parecer justifican el desarrollo y consolidación de los Planes de Pensiones, se encuentran tanto en las características propias de la normativa que regula este sistema de protección social complementaria, como en las ventajas que ofrece en el momento de su constitución y que derivan principalmente del apoyo que están recibiendo desde los poderes públicos a través de diversas medidas de carácter fiscal.

En el marco de este interés creciente por la utilización de técnicas complementarias de protección social y, en especial, por la constitución de Planes de Pensiones, alcanza un especial relieve una de las modalidades de Planes de Pensiones reguladas por el Real Decreto Legislativo 1/2002 (en lo sucesivo LPFP), que no es otra que los Planes de Pensiones del sistema de empleo, es decir, aquellos Planes de Pensiones que se constituyen en el marco de la relación de trabajo, y en virtud de la cual cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa puede promover un Plan de Pensiones a favor de sus empleados.

La relevancia que adquieren los Planes de Pensiones del sistema de empleo encuentra su justificación en varias razones –unas más reales que otras–, entre las que cabe destacar, en primer lugar, que los Planes de Pensiones se presentan como un medio idóneo para hacer frente a una demanda cada vez mayor entre los trabajadores y que es el establecimiento de medidas que garanticen la obtención al final de la vida activa de unas prestaciones de protección social que sean acordes, aunque no sean iguales, con los niveles de renta de los trabajadores durante su período de vida activa.

En segundo lugar, los Planes de Pensiones son una vía interesante para las empresas a efectos económicos, ya que, por un lado, las aportaciones económicas realizadas se acompañan de importantes deducciones fiscales y, por otro lado, la constitución de un Plan de Pensiones es un impor-

tante elemento de negociación de cara a los trabajadores, ya que permite negociar incrementos retributivos a favor de los trabajadores sin que ello suponga un incremento de los costes salariales de los mismos, ya que las aportaciones a un Plan de Pensiones no incrementa las bases de cotización a la Seguridad Social, además de ser una vía para la negociación de reestructuraciones de plantillas –pre-jubilaciones–⁹.

En tercer lugar, los Planes de Pensiones se configuran como una técnica de protección social en donde el patrimonio que financia las pensiones de los trabajadores se configura como un patrimonio creado al exclusivo objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el Plan de Pensiones y externo a la empresa, lo cual supone una separación del patrimonio del sujeto promotor –empresario/empleador– y los partícipes del Plan –trabajadores/empleados– con lo cual se garantiza que las vicisitudes económicas que puedan afectar a los promotores y partícipes no puedan frustrar la materialización de los derechos consolidados –prestaciones– en el Plan, finalmente, los Planes de Pensiones del sistema de empleo adquieren un especial interés en el marco de las relaciones de trabajo porque tras la aprobación del Real Decreto 1588/1999 sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, las empresas están obligadas a exteriorizar dichos compromisos, hasta ese momento constituidos básicamente a través de fondos internos de las empresas, a través de la formalización de contratos de seguros y/o Planes de Pensiones.

Dada la creciente trascendencia que alcanzan los Planes de Pensiones del sistema de empleo en el marco de los intereses de los trabajadores resulta indispensable conocer, al menos, en términos generales cómo se constituye y cuál es la ordenación interna de un Plan de Pensiones del sistema de empleo y a ello va destinado el apartado siguiente de este trabajo.

2. Una breve aproximación a la regulación de los Planes de Pensiones del sistema de empleo.

2.1. Delimitación conceptual y tipología de Planes de Pensiones del sistema de empleo.

Tal y como avanzábamos en el apartado anterior, los Planes de Pensiones del sistema de empleo se configuran como aquella modalidad de Plan de Pensiones que se constituye en el marco de las relaciones de trabajo y en virtud de la cual un sujeto, que puede ser cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa, y que tiene la condición de empresario o empleador promueve la constitución de un Plan de Pensiones a favor de sus empleados [art. 4.1 a) LPFP].

A partir de esta definición, que permite distinguir esta modalidad de Plan de Pensiones de las otras modalidades –sistema individual y sistema asociado–, también previstas por la normativa reguladora de esta materia, los Planes de Pensiones del sistema de empleo comparten los mismos rasgos definidores que las restantes modalidades de Planes de Pensiones, de manera que tal y como señala el artículo 1.1 LPFP los Planes de Pensiones del sistema de empleo «(...) definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viu-

edad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y, en la medida permitida por la presente Ley, las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse».

De acuerdo con este precepto, es posible afirmar que estamos ante el medio o el instrumento legítimo que ha previsto la ley para determinar o concretar el conjunto de derechos y obligaciones que conforman el estatuto jurídico de los sujetos que participen en esta técnica de protección, así como el del patrimonio que se constituye para la satisfacción de los derechos de los sujetos anteriormente referidos y que se concretan en la percepción de una renta o capital. En palabras de la doctrina, es un «programa organizado de ahorro para la provisión de prestaciones económicas a favor de determinados grupos o colectivos de personas»¹⁰.

Este instrumento o programa, además, tiene su origen en un acuerdo que formalizarán los sujetos interesados. Este elemento definidor del Plan de Pensiones deriva de las referencias que a lo largo de la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones se realizan al carácter voluntario de los mismos y que se centra especialmente en el momento de constitución del Plan¹¹, de tal forma que sólo cuando se manifieste un interés por parte de un individuo será posible la existencia de un Plan de Pensiones, lo cual nos sitúa en el marco de la autonomía de la voluntad y nos lleva necesariamente al ámbito de los acuerdos, a los cuales se les atribuye por parte de la doctrina naturaleza contractual¹².

Además, este carácter voluntario supone también que aun cuando los supuestos que dan lugar a las prestaciones que se pueden articular por medio de un Plan de Pensiones son coincidentes con las situaciones protegidas por el sistema de la Seguridad Social (jubilación, invalidez, viudedad u orfandad)¹³, éstas no responden a la acción tutelar del Estado respecto al ciudadano, ya que no existe ninguna obligación legal que lleve a que necesariamente y de modo imperativo un sujeto promueva o participe en un Plan de Pensiones. La voluntariedad implica la libre aceptación de la constitución de un Plan tanto por parte de los sujetos/entidades que actúan como promotores, como por parte de los sujetos que aparecen como destinatarios del mismo.

Al carácter voluntario que se predica de los Planes y Fondos de Pensiones hay que añadir dos rasgos caracterizadores más, por un lado, su naturaleza privada y, por otro lado, su carácter complementario y no sustitutivo. Las referencias normativas al carácter privado de los Planes de Pensiones las encontramos nuevamente en el artículo 1.2 LPFP¹⁴ y, a pesar de que el legislador, ni en la Ley ni en el Reglamento que regula los Planes y Fondos de Pensiones se ha detenido a profundizar sobre la naturaleza privada de los Planes de Pensiones, el estudio del régimen jurídico establecido para esta técnica de protección nos ofrece elementos suficientes para estar de acuerdo con la calificación otorgada por el legislador a los Planes de Pensiones. Los elementos que permiten calificar a los Planes de Pensiones como una técnica privada de previsión son el amplio margen atribuido a la autonomía de la voluntad a la hora de definir su contenido, la financiación a cargo de fondos privados y la gestión que se realiza de los fondos por medio de entidades también de naturaleza privada¹⁵.

Como consecuencia de este carácter privado, la acción pública se va a limitar al establecimiento del marco legal adecuado para un correcto desarrollo de dicha técnica de previsión y a la rea-

lización de una supervisión o control de la misma, sin asumir ningún otro tipo de protagonismo, ni responsabilidad. De hecho, en una de las pocas referencias a la participación de la Administración en la constitución y organización de esta técnica de protección social se hace expresa mención a que dicha participación, consistente en el otorgamiento de la autorización para la constitución del fondo por parte del Ministerio de Economía en ningún caso podrá ser título que cause responsabilidad de la Administración del Estado (art. 11.3 LPFP) ¹⁶.

Ahora bien, el carácter privado que se predica de esta institución y la expresa exclusión de responsabilidades patrimoniales de los poderes públicos en este ámbito, no debe llevarnos a pensar que nos encontramos ante una clara manifestación del desinterés que muestran los poderes públicos en este tipo de instituciones. Esta conclusión sería ciertamente errónea, ya que los Planes y Fondos de Pensiones son instituciones que tienen un marcado interés público ¹⁷. A nuestro parecer, la referencia al carácter privado de los Planes y Fondos de Pensiones y la expresa exclusión de la Administración Pública de posibles responsabilidades en esta materia, pretende situar a los Planes y Fondos de Pensiones al margen del conjunto de prestaciones que ofrece el sistema de la Seguridad Social y, por tanto, configurarlos como una institución diferente. En este sentido, resulta especialmente clarificadora la manera en que el artículo 1.2 LPFP se refiere al carácter privado de los Planes de Pensiones, al señalar que «constituídos voluntariamente, sus prestaciones no serán sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas». De acuerdo con este precepto, parece que al legislador lo que realmente le interesa es situar en dos planos diferentes a la Seguridad Social y a los Planes de Pensiones.

El tercer elemento caracterizador de los Planes de Pensiones al que se hace referencia expresa por parte de la normativa viene a delimitar el ámbito en el que va a poder constituirse y desarrollarse este sistema de protección social de carácter privado. Al señalarse que los Planes de Pensiones en ningún caso podrán sustituir la acción desarrollada por el sistema de la Seguridad Social, al cual podrá o no complementar (art. 1.2 LPFP) ¹⁸, el legislador está determinando las funciones que va a poder desarrollar un Plan de Pensiones y, en definitiva, las relaciones que va a mantener con el sistema de la Seguridad Social. A este respecto podemos afirmar que el legislador ha sido muy generoso al fijar el espacio teórico en el cual se van a poder desarrollar los Planes de Pensiones, ya que salvo la función sustitutiva de la Seguridad Social, el resto de funciones que la iniciativa privada puede desarrollar bajo la existencia de un sistema público de protección social, estarán al alcance de los Planes de Pensiones.

El reconocimiento del carácter no sustitutivo de los Planes de Pensiones, respecto a las prestaciones ofrecidas por el sistema de la Seguridad Social, supone partir del carácter no excluyente de este tipo de medidas de protección de origen privado y, por tanto, es un claro ejemplo de la compatibilidad de la iniciativa pública y la iniciativa privada en el ámbito de la cobertura frente a situaciones de necesidad socialmente relevantes. De este modo, en un mismo ámbito pueden concurrir la acción de la Seguridad Social y la acción de los Planes de Pensiones, sin que en ningún caso se produzca un desplazamiento de unas medidas por otras, y sin que la existencia de un Plan de Pensiones pueda servir como argumento para exonerar o liberar del cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la existencia del sistema de la Seguridad Social ¹⁹.

Una vez delimitados los rasgos definidores de los Planes de Pensiones, el segundo aspecto que ha de ser objeto de análisis en este apartado es la tipología de Planes de Pensiones que se pueden constituir a partir de las previsiones normativas recogidas en la LPFP, ya que dicha Ley no se ha limitado a distinguir tres tipos diferentes de Planes de Pensiones, en función de los sujetos constituyentes de los mismos, y que permite distinguir entre Planes de Pensiones del sistema de empleo, del sistema individual y del sistema asociado, sino que junto a este criterio subjetivo el artículo 4.2 LPFP ha previsto tres modalidades más de Planes de Pensiones que se identifican en función de las obligaciones estipuladas en los mismos, pudiéndose distinguir entre Planes de Pensiones de prestación definida (se determina la prestación a percibir), Planes de Pensiones de aportación definida (se conoce la aportación a realizar pero no la prestación a percibir) y Planes de Pensiones mixtos (aquellos en los que simultáneamente se fija la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución).

A su vez, esta clasificación debe ser completada con lo establecido en el artículo 4.3 LPFP, en donde se fijan las relaciones existentes entre las modalidades de Planes de Pensiones en razón de los sujetos constituyentes y las modalidades de Planes de Pensiones en razón de las obligaciones estipuladas. El artículo 4.3 LPFP pone de relieve que las modalidades previstas en el artículo 4.1 y 4.2 LPFP no son modalidades independientes o puras sino todo lo contrario, ya que el criterio objetivo y subjetivo se entremezclan en cualquier Plan que se formalice y, por tanto, su identificación va a venir dado conjuntamente por los sujetos que lo constituyen y las obligaciones estipuladas. En el caso concreto de los Planes de Pensiones del sistema de empleo, el artículo 4.3 LPFP señala que tales Planes podrán ser de cualquiera de las tres modalidades previstas en función de las obligaciones estipuladas.

2.2. El elemento subjetivo de los Planes de Pensiones.

Dentro del marco de los Planes de Pensiones el elemento subjetivo queda definido a través de los llamados sujetos constituyentes y los beneficiarios. Por sujetos constituyentes de un Plan de Pensiones hay que entender aquellos sujetos que la ley ha previsto que concurren necesariamente para poder formalizarlo. De acuerdo con el artículo 3.1 LPFP los sujetos constituyentes son el promotor y los partícipes, el promotor o la parte promotora, puesto que no tiene por qué coincidir con un único sujeto, es la encargada de instar la formalización del Plan y los partícipes son aquellos sujetos a favor de los cuales se quiere formalizar dicho Plan.

En el caso de los Planes de Pensiones del sistema de empleo la figura del promotor queda definida a partir de las características que acompañan a los partícipes de un Plan de este tipo, por lo que única y exclusivamente podrán ser promotores de un Plan del sistema de empleo quienes ostenten la condición de empleador respecto a los sujetos a favor de los cuales se formaliza dicho Plan. La identificación del promotor a través del término «empleador» no es baladí, ya que aunque el ámbito por excelencia donde se van a desarrollar este tipo de Planes es el de las relaciones de trabajo reguladas por la normativa laboral, la identificación del promotor como «empresario laboral» llevaría a excluir la posibilidad de que los organismos y entidades de naturaleza pública pudieran promover un Plan de Pensiones a favor de todas aquellas personas que se encuentran vinculadas a través de

una prestación de servicios de naturaleza administrativa (personal funcionario y estatutario) ²⁰. Exclusión que no parece ser querida por el legislador si tenemos en cuenta, en primer lugar, el silencio que guarda la norma al definir al promotor y la amplitud de dicha definición y, en segundo lugar, las connotaciones que acompañan a la utilización del término «empleado» para identificar a la figura del partícipe en este tipo de Plan, un término un tanto antiguo y poco usual, que sin embargo se ha preferido al de «trabajador», término mucho más moderno aunque también más vinculado a la terminología utilizada en el ámbito jurídico-laboral, lo cual lleva a pensar que el legislador evita el término «trabajador» con la finalidad, precisamente, de no llevar a equívocos a la hora de delimitar los colectivos que conforman el ámbito subjetivo de los Planes de Pensiones del sistema de empleo.

Esta conclusión se verá confirmada, primero, con la nueva redacción dada por la LOSSP en 1995 a la disposición final segunda LPFP, en la que se reconoce expresamente la posibilidad de que entidades y organismos públicos puedan actuar como promotores de Planes de Pensiones. En este precepto, no se hace mención a la Administración Pública u otro ente de la misma naturaleza, pero se remite a la relación de organismos contenida en la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, la cual recoge una enumeración de entidades, todas ellas de naturaleza pública y, más tarde, con la nueva redacción de la disposición final segunda prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2002, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de los Planes y Fondos de Pensiones actualmente en vigor.

Además, la parte promotora puede ser tanto una persona física como jurídica y tanto un promotor individual como colectivo. En este sentido, y respecto a la formalización de planes conjuntos, la nueva LPFP ha modificado, a nuestro parecer de forma importante, la composición de la parte promotora, es decir, el número de sujetos que pueden ostentar la condición de promotor en un mismo Plan. Con anterioridad a esta reforma, el artículo 4.1 a) LPFP reservaba la posibilidad de formalizar Planes de Pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta, es decir, Planes en los que la condición de promotor era ostentada por más de un sujeto, a las empresas con menos de 250 trabajadores y a las empresas pertenecientes a un mismo grupo. Sin embargo, en la nueva redacción dada al artículo 4.1 a) LPFP ha desaparecido cualquier referencia al número máximo de trabajadores que debe emplear una empresa para poder realizarlo, limitándose a señalar que se podrán constituir por «empresas de un mismo grupo, por pequeñas y medianas empresas, así como por varias empresas que tengan asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior a la empresa».

Con la nueva redacción dada al artículo 4.1 a) LPFP se pretende favorecer la implantación de Planes de Pensiones del sistema de empleo en el ámbito de las PYMES, dando cumplimiento, de esta forma, a uno de los objetivos planteados en el apartado XIII del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del sistema de Protección Social, donde se insiste en la necesidad de facilitar la entrada a las PYMES y a los empresarios individuales en los Planes de Pensiones tanto de promoción conjunta como propios ²¹.

Los nuevos términos con los que se define un Plan de promoción conjunta comporta una ampliación de su ámbito subjetivo, ya que al sustituir el elemento numérico (250 trabajadores) exis-

tente para determinar las empresas que podrán o no constituir un Plan de este tipo por una referencia genérica a las «pequeñas y medianas empresas», ello puede dar lugar a interpretaciones flexibles de lo que habrá que entender por una empresa pequeña o mediana, permitiendo que algunas empresas que hasta ahora se veían obligadas a constituir por sí solas un Plan de Pensiones, lo cual en más de una ocasión habrá llevado a renunciar a dicho proyecto dados los costes económicos que implica la constitución de un Plan, ahora lo puedan realizar conjuntamente con otras empresas.

Esta ampliación de los supuestos de Planes de Pensiones supraempresariales se completa con la posibilidad que se introduce *ex novo* de formalizar un Plan de promoción conjunta si el convenio colectivo de aplicación de ámbito superior a la empresa ha previsto el reconocimiento de compromisos por pensiones para sus trabajadores, por lo que este supuesto permite formalizar Planes de Pensiones de ámbito sectorial, nacional, provincial, etc., sin que la dimensión de las empresas condicione su formalización, lo cual hasta ahora era prácticamente imposible ya que siempre había que respetar el límite de 250 trabajadores, por lo que era y sigue siendo difícil encontrar un sector productivo que cuente con una cierta homogeneidad en cuanto a la dimensión de las plantillas de las empresas que lo conforman.

Este nuevo supuesto incluido en el artículo 4.1 a) LPFP entendemos que puede ser un medio idóneo para facilitar el desarrollo general de los Planes de Pensiones puesto que puede permitir, en gran medida, homogeneizar los compromisos por pensiones entre los trabajadores de un mismo sector, facilitando su movilidad externa, además de servir como medio para impulsar el papel de la negociación colectiva como fuente constitutiva de los Planes de Pensiones, papel en el que hasta ahora se ha visto incomprensiblemente relegada ²².

Con independencia de la forma en que se organice el promotor, hay que destacar que una vez constituido el Plan de Pensiones, el principal deber del promotor que se deriva de su participación en esta modalidad de previsión voluntaria es de naturaleza económica y consiste en la realización de las aportaciones en favor de los partícipes en la forma y condiciones que se hayan previsto en el Plan. En este punto debemos recordar que este deber económico únicamente se ha previsto para los promotores de los Planes de Pensiones del sistema de empleo, ya que en el resto de modalidades de Planes de Pensiones, tal como se recoge en el artículo 15.2 b) RFPF, no se ha previsto dicha posibilidad siendo, por tanto, las aportaciones de los partícipes las únicas admisibles para la financiación de estos Planes ²³. Ahora bien, tal y como el artículo 15 RFPF se refiere al régimen de aportaciones a un Plan de Pensiones del sistema de empleo, parece que la aportación económica a un Plan es más una facultad que puede ejercitar el promotor que un deber de participar en la financiación del Plan, ya que el artículo 15.2 RFPF se refiere a esta cuestión con los términos «podrán realizar».

Si bien los términos con los que se expresa el artículo 15 RFPF son ciertamente confusos, somos de la opinión de mantener la consideración de las aportaciones del promotor a un Plan como un deber y no como una mera facultad que puede o no ser ejercitada, de no configurarse como un deber se produciría una identidad entre la modalidad del sistema de empleo y la modalidad del sistema asociado que, a nuestro parecer, no quiere la norma ²⁴. Además, aunque de modo indirecto, el deber que tiene el promotor de realizar aportaciones al Plan se desprende del contenido de algunos

preceptos de la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones, como el artículo 5.1 c) LPFP, en donde se hace mención a la irrevocabilidad de las aportaciones del promotor o el artículo 5.2 RPPF que acepta una reserva de aportación sólo durante un período de tiempo limitado, quedando sobrentendido que esa aportación será obligatoria en los demás casos ²⁵.

Por lo que respecta a la figura del partícipe, ya hemos apuntado que la LPFP opta por un concepto amplio de trabajador que incluye a los trabajadores que ven regulada su prestación de servicios a través del Estatuto de los Trabajadores pero que también incluye otros sujetos que quedan al margen de esta regulación. Este concepto amplio, además, tras las modificaciones introducidas por la Ley 24/2001 que dan lugar a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2002 se ve confirmado. De esta forma, el párrafo segundo del artículo 4.1 a) LPFP señala que «podrán adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora, incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de seguridad social aplicable», así como también establece expresamente que «la condición de partícipes también podrá extenderse a los socios trabajadores y de trabajo promovidos en el ámbito de las sociedades cooperativas y laborales, en los términos que reglamentariamente se prevean». Y, por otro lado, también se ha centrado en extender la condición de partícipe al empresario individual. Efectivamente, el párrafo tercero del artículo 4.1 a) LPFP, tras reconocer la posibilidad de que un empresario individual promueva un Plan de Pensiones del sistema de empleo en interés de sus trabajadores continúa señalando que dicho empresario individual también podrá figurar como partícipe. Por tanto, en el caso de Planes de Pensiones promovidos por empresarios individuales, se permite que el empresario ocupe simultáneamente la posición de promotor y de partícipe.

Finalmente, la figura del beneficiario cierra el conjunto de sujetos que conforman el elemento personal de un Plan de Pensiones. El artículo 3.2 LPFP define a la figura del beneficiario como toda persona física con derecho a la percepción de prestaciones, haya sido o no partícipe. A través de la figura del beneficiario el legislador nos está indicando el sujeto protegido en un Plan de Pensiones y, en consecuencia, el sujeto al cual van dirigidas las medidas protectoras previstas en el Plan. Ahora bien, el hecho de que el beneficiario tenga reconocido el derecho a percibir las correspondientes prestaciones no significa, salvo que nos encontremos con una persona que ostente la condición de partícipe y beneficiario al mismo tiempo, que la adquisición de ese derecho sea originaria y que, por tanto, se trate de un derecho propio del beneficiario ya que no es así, y ese derecho deriva única y directamente del sujeto que ostenta la condición de partícipe ²⁶.

Por otra parte, existe una gran libertad a la hora de determinar los sujetos que podrán ostentar la condición de beneficiario de un Plan, ya que salvo que nos encontremos con contingencias en las que se produzca una coincidencia entre el sujeto partícipe y beneficiario, en el resto de casos existe una libertad absoluta en la designación del beneficiario de las prestaciones del Plan ya que la normativa no ha previsto los sujetos que deberán ocupar tal posición. Esta libertad o flexibilidad contrasta con la rigidez que viene impuesta en el ámbito de la Seguridad Social, en el cual se fijan no sólo los sujetos que pueden ser beneficiarios sino que, además, se exige el cumplimiento de condiciones especiales para la percepción de la prestación, aparte de que el vínculo familiar resulta indispensable para la obtención de la misma.

La libertad de la que hace gala la normativa reguladora de los Planes de Pensiones en este punto ha sido, sin embargo, objeto de críticas por parte de la doctrina ya que se entiende que una excesiva libertad puede obstaculizar un desarrollo ordenado de este tipo de instituciones, ya que la proliferación de Planes excesivamente personalizados puede llevar a una descoordinación entre los mismos y puede incluso impedir una adecuada garantía del principio de igualdad de trato entre los sujetos protegidos ²⁷.

2.3. El elemento objetivo de los Planes de Pensiones.

A partir de la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2002, el artículo 8.6 LPFP es el precepto encargado de señalarnos cuáles son las situaciones cuya materialización van a determinar el reconocimiento de una prestación proveniente de un Plan de Pensiones, aunque, no debemos olvidar que ya los artículos 1.1 LPFP y del RPPF, al definirnos vagamente qué es un Plan de Pensiones, nos adelanta cuál es la cobertura que pretende ofrecer dicha técnica de protección social señalando las situaciones a las que va dirigida su protección.

Una primera lectura de los preceptos anteriormente señalados lleva a poder realizar dos observaciones generales, en primer lugar, que la ley ha decidido identificar a las situaciones cubiertas por un Plan de Pensiones con los términos «contingencias», los cuales han servido, tradicionalmente, para identificar los riesgos sociales a los que ha dado cobertura el sistema de la Seguridad Social y, en segundo lugar, que tales contingencias coinciden, en prácticamente su totalidad, con las previstas en el TRLGSS, ya que las contingencias susceptibles de cobertura en un Plan de Pensiones podrán ser: la jubilación o situación asimilable, la incapacidad laboral total y permanente, la incapacidad laboral absoluta, la gran invalidez, la viudedad y la orfandad ²⁸.

La enumeración prevista en el artículo 8 LPFP responde a un supuesto de lista cerrada, es decir, fuera de las situaciones relacionadas por la normativa el resto de situaciones que quieran ser objeto de cobertura a través de sistemas voluntarios de protección social deberán buscar otras vías diferentes a un Plan de Pensiones ²⁹. Asimismo, es destacable señalar que el hecho de que se enumeren hasta cinco situaciones diferentes que pueden ser cubiertas a través de un Plan por medio de las correspondientes prestaciones no quiere decir que en la constitución de un Plan siempre tengan que estar presentes todas y cada una de las situaciones relacionadas en el artículo 8 LPFP, sino que se podrán excluir algunas de ellas e, incluso, constituir un Plan para la cobertura de una única situación.

En cuanto a la forma de hacerse efectivas las prestaciones a que dan lugar las contingencias previstas en un Plan de Pensiones, de acuerdo con el artículo 8 LPFP, son tres: a) en forma de capital, consistente en una percepción de pago único; b) en forma de renta y c) de forma mixta, de tal manera que se combinen rentas de cualquier tipo con un único cobro en forma de capital, dejándose en manos de las partes constituyentes del Plan y, en su caso, posteriormente a la Comisión de Control del Plan o al acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores la determinación en cada caso el modo en que se concretarán las prestaciones previstas en el Plan ³⁰.

2.4. La puesta en marcha de un Plan de Pensiones del sistema de empleo: fuentes constitutivas.

La naturaleza contractual de los Planes de Pensiones marca de manera clara la vía a través de la cual se podrá constituir esta técnica de protección social, exigiéndose para el supuesto de los Planes de Pensiones del sistema de empleo un acuerdo colectivo, lo cual abre la posibilidad a la intervención de la negociación colectiva como vía de instauración y definición de dicha técnica de protección social y, más concretamente, su constitución por medio de un convenio colectivo ³¹. A este respecto hay que recordar que la negociación colectiva ha jugado un papel importantísimo en la instauración de medidas complementarias de protección social ³², como lo prueba su reconocimiento legal en el artículo 39.2 LGSS en donde se establece que la protección social complementaria podrá ser objeto de contratación colectiva a través del cauce jurídico de las Mejoras Voluntarias.

De acuerdo con la larga tradición existente en la regulación de la protección social complementaria por parte de la negociación colectiva, nada hacía pensar que tal tradición no tuviera también su traslación en la regulación de los Planes de Pensiones del sistema de empleo. Sin embargo, la regulación inicial de los Planes y Fondos de Pensiones sólo recogía, de modo muy puntual, alguna referencia a la negociación colectiva, concretamente en relación a la determinación de los criterios objetivos que permitirán la realización de aportaciones diferentes por parte del promotor a favor de los partícipes del Plan y los criterios de ordenación de los colectivos que quedarán englobados en los diferentes subplanes.

A pesar de las insuficiencias normativas que se pueden observar en esta materia, ello no se ha considerado obstáculo para que la negociación colectiva pueda ser un instrumento idóneo para regular este tipo de previsión social. Tal consideración no estaría acorde ni con el espíritu de la normativa sobre Planes de Pensiones, donde en diversas ocasiones se alude a la necesidad de un cierto acuerdo colectivo para hacer efectivo el sistema de previsión [arts. 4.1 a), 5.3 y 7.4 LPFP], ni tampoco con lo previsto en los artículos 41 y 37.1 CE ³³.

Este tratamiento, en nuestra opinión, tan inadecuado que recibía la negociación colectiva en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones, se ha intentado corregir con las modificaciones contenidas en la Ley 24/2001 trasladadas posteriormente a la nueva redacción de la LPFP, intentando dar cumplimiento, de este modo, a las propuestas recogidas en el apartado XIII del Acuerdo para la mejora del sistema de protección social del 2001, en el que se establecía que es necesario mejorar «(...) la interacción de los planes de empleo con la negociación colectiva, compatibilizando el ámbito supraempresarial con los acuerdos a nivel de empresa para tener en cuenta circunstancias específicas (...)», que debe abordarse «(...) la problemática de las Comisiones de Control de los Planes y Fondos de Pensiones, facilitando que, en determinados supuestos, la negociación colectiva establezca criterios al respecto (...)» y finalmente se recoge el compromiso general de analizar «(...) con detalle el papel de la negociación colectiva en materia de Planes y Fondos de Pensiones».

De acuerdo con estos compromisos, las funciones que puede desarrollar la negociación colectiva en este ámbito se concretan en:

1. La posibilidad de que por acuerdo colectivo o disposición equivalente puedan establecerse los criterios de integración de los trabajadores en cada subplan y la diversificación de las aportaciones que deban realizarse [art. 4.1 a) LPFP].
2. La utilización de un convenio colectivo para establecer la adhesión directa de todos los trabajadores al Plan [art. 4.1 a) LPFP].
3. El establecimiento mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores de las modificaciones referidas al régimen de prestaciones, aportaciones o cualquier otro extremo del Plan (art. 6.3 LPFP).
4. La posibilidad de acordar la designación directa de los miembros de la Comisión Promotora y de la Comisión de Control de un Plan por medio de una decisión de la Comisión negociadora del convenio o por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores (art. 7.2 LPFP).
5. La elaboración del proyecto inicial de un Plan de Pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta por acuerdo colectivo supraempresarial [art. 9.1 a) LPFP].

Como puede observarse los cambios introducidos por la Ley 24/2001 en materia de negociación colectiva son importantes, pero siguen existiendo aspectos problemáticos sin resolver en esta materia como, por ejemplo, la falta de coincidencia entre el ámbito subjetivo que abarca un convenio colectivo y el que abarca un Plan de Pensiones, la limitación de la eficacia normativa del convenio colectivo o el alcance que puede tener en el ámbito de los Planes de Pensiones la aplicación de las reglas de concurrencia de los convenios colectivos, etcétera.

Por otra parte, el contenido de la reforma sobre negociación colectiva pone de manifiesto que el legislador no apuesta claramente por el convenio colectivo como instrumento regulador de los Planes de Pensiones, ya que en ocasiones hace mención al convenio y en otras ocasiones se refiere a acuerdos colectivos o disposiciones equivalentes. En nuestra opinión, sería conveniente que se diera preferencia a la utilización del convenio colectivo como medio de regulación de los Planes de Pensiones, puesto que es el convenio el instrumento habitual y el cauce natural de la ordenación de los intereses generales de los trabajadores y es donde mejor se pueden garantizar.

Una vez constituido un Plan de Pensiones del sistema de empleo, dada su finalidad previsor, tiene una vocación de permanencia en el tiempo, de modo que el estudio de dicha institución no puede limitarse a su vertiente estática, sino que necesariamente debe abarcar su vertiente dinámica, es decir, las vicisitudes que dicho Plan de Pensiones pueda sufrir a lo largo de su existencia. Por ello, uno de los aspectos más trascendentes en el devenir de un Plan de Pensiones es la forma en que le afectan las transformaciones que puede sufrir el promotor del Plan, especialmente en un contexto socio-económico caracterizado por los cambios en la forma de organización de la empresa y, por tanto, del empresario.

III. LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

1. El creciente auge de las nuevas formas de organización de la empresa.

La espectacular proliferación de nuevas formas de organización de la empresa –grupos de empresas, descentralización productiva, contratas y subcontratas, etcétera– que ha tenido lugar durante las últimas décadas, se ha visto aún más intensificada, si cabe, durante los últimos años. El desarrollo de estas nuevas formas de organización empresarial en el marco de la economía actual, que no su aparición que se encuentra datada con muchos años de anterioridad, hace imprescindible que con carácter previo a cualquier análisis sobre la repercusión jurídico-laboral de las mismas en la protección complementaria en general y, en los Planes y Fondos de Pensiones en particular, se lleve a cabo una aproximación a la realidad económica en la cual estas nuevas formas de organización de la empresa han encontrado su caldo de cultivo más apropiado ³⁴.

Es cierto sin embargo que algunas de las nuevas formas de organización de la empresa no constituyen un fenómeno absolutamente novedoso, ni tan siquiera imprevisto, por lo que podría parecer un tanto exagerado el desmesurado interés que el mismo plantea en los últimos años, si bien, debe tenerse en cuenta que la extraordinaria proliferación que en la actualidad están teniendo estas nuevas formas de organización de la empresa no debe ser un elemento inocuo para el Derecho del Trabajo en el lento proceso de tipificación y normalización de estos fenómenos, ya que la tolerable pasividad que ante tales formas empresariales se había mantenido en los albores de su aparición, se torna en intolerable en el momento en que las mismas se convierten en las formas habituales de organización de la actividad empresarial ³⁵.

En consecuencia, la proliferación/generalización de las nuevas formas de organización empresarial, ha tenido al menos la virtualidad de que la Jurisprudencia, al examinar la diversa casuística que de tal proliferación se ha derivado, haya procedido a analizar estos fenómenos, si bien, a través de un enfoque parcial y sectorial, lo que ha originado en primer lugar el interés de la doctrina por esta materia y, más recientemente, la propia intervención del legislador, actuaciones que no se habían desarrollado en los estadios preliminares de estas formas de organización empresarial ³⁶.

A pesar de que este estudio sea de carácter jurídico es preciso analizar la realidad económica que ha dado lugar a la proliferación de estas nuevas formas de organización empresarial. Ahora bien, siendo sin duda cierta la necesidad e importancia de dicho análisis, también es cierto que el mismo no está exento de dificultades, ya que implica adentrarse en disciplinas desconocidas para el jurista.

Pese a estas dificultades consideramos necesario llevar a cabo una valoración crítica e independiente de las causas que potencian la aparición de estas nuevas formas de organización de la empresa, ya que en esta materia no deben ser todo, unanimidades y ventajas, sino que entrañan importantes y graves consecuencias de carácter social ³⁷, así como tampoco la valoración de estos fenó-

menos económicos puede reducirse a la única visión de que se trata de procesos que sólo pretenden reducir costes laborales y dotar a la decisión empresarial de una libertad incontrolada respecto al factor trabajo, sino que, por el contrario, debe comprender también otras finalidades lícitas, como es, por ejemplo, el lograr una mejor y más eficaz organización empresarial.

Las motivaciones fisiológicas y patológicas de estas nuevas formas de organización empresarial en la realidad se presentan siempre unidas e inseparables, lo cual deberá ser siempre tenido en cuenta al establecer los efectos jurídicos que se les deban atribuir, que no podrán basarse exclusivamente en la prohibición o sanción de las mismas, ni tampoco en una admisibilidad o permisividad absoluta³⁸. En este sentido, ni las cuestiones puramente economicistas podrán obstar a la aplicación de las normas laborales³⁹, ni éstas deben ni puede combatir o frenar tales operaciones, sino que han de limitarse a encauzarlas dentro del principio de buena fe⁴⁰. En otras palabras y en relación con el objeto de este estudio, ni las nuevas formas de organización de la empresa pueden suponer un obstáculo al establecimiento de los Planes y Fondos de Pensiones, ni éstos pueden suponer un freno a las nuevas formas de organización empresarial.

Efectuadas estas notas aclaratorias sobre las necesidades y las dificultades que comporta el análisis del entorno económico de la proliferación de las nuevas formas de organización empresarial, en los sucesivos apartados se analizará precisamente dicho entorno económico, caracterizado por la globalización económica, que exige una concentración e internacionalización de las empresas, y, por las exigencias de flexibilidad, que en el ámbito empresarial se han manifestado fundamentalmente en la descentralización productiva⁴¹, teniendo en cuenta que no pueden considerarse como fenómenos contradictorios los procesos de concentración empresarial y de descentralización productiva, puesto que las organizaciones empresariales más modernas utilizan la descentralización productiva como uno de los mecanismos a través de los cuales se cumplen las necesidades de concentración⁴².

2. Las necesidades de concentración empresarial.

Una de las principales exigencias provocadas en los últimos años por la globalización económica sobre la organización empresarial, ha sido la necesidad de las empresas de concentrarse en busca de todas o algunas de las siguientes ventajas competitivas⁴³:

- El aprovechamiento de oportunidades de inversión: la compra de una empresa se puede ver como la adquisición de un conjunto de recursos con mercados imperfectos que no se podrían adquirir individualmente en el mercado, consiguiéndose de esta manera capitalizar los recursos y capacidades ya existentes y los recientemente adquiridos para obtener una ventaja competitiva sostenible.
- La obtención de sinergias derivadas de economías de escala y de economías de alcance, es decir, la posibilidad de obtener unos mayores rendimientos, o unos menores costes, medios

como consecuencia del mayor tamaño de una empresa (economías de escala) o la posibilidad de obtener esos mayores rendimientos o menores costes a partir de la producción o provisión conjunta de varios bienes o servicios (economía de alcance).

- La mejora o el mantenimiento de la posición de la empresa en el mercado y/o la disposición de poder de mercado: las concentraciones de empresa permiten ampliar mercados y productos y aumentar la dimensión y el poder de mercado mediante la eliminación de un competidor o a través de la obtención de descuentos sustanciales en el precio de los *inputs*.
- La garantía del aprovisionamiento y de la salida de productos, como consecuencia de la concentración con las empresas proveedoras (integración hacia atrás) y con las empresas distribuidoras (integración hacia adelante).
- El acceso a nuevas tecnologías: ante los avances cada vez más rápidos del cambio tecnológico, muchas empresas no pueden satisfacer estas necesidades por sí mismas, por lo que, en ocasiones, la mejor forma de adquirir tecnología es la concentración o agrupación empresarial.
- La internacionalización de la empresa, en tanto que a través de la adquisición de otras empresas, se puede acceder a nuevos mercados evitando posibles barreras de entrada, incrementando la velocidad del acceso a los mercados y a un menor coste que el que supondría entrar en el mercado extranjero partiendo de cero.
- La diversificación de riesgos derivada de la diversificación de actividades, lo que permite disminuir riesgos ante las necesidades cada vez mayores de inversión, fundamentalmente, en I+D.
- La reestructuración de la empresa, ya sea respecto a los negocios de la empresa, manteniendo aquellos cuyos rendimientos sean los esperados, desprendiéndose de los que no sean rentables, o respecto a los propios procesos dentro de la empresa, reducción de capacidad o de plantillas, cierre de instalaciones, cambios en los procesos, reubicaciones de plantas, etcétera.
- La reducción de capacidad en un sector, con la finalidad de reducir el exceso de capacidad productiva que puede existir en determinados sectores productivos, como consecuencia de un descenso de la demanda o de un incremento de la producción.
- La adaptación a los cambios en el tamaño de los mercados, como consecuencia de procesos de integración económica entre los países, que han llevado a la creación de áreas de libre comercio, como por ejemplo, la UEM en Europa, la NAFTA en Norteamérica, MERCOSUR en Sudamérica, etcétera. A través de las concentraciones empresariales se pretende obtener el tamaño óptimo frente a los nuevos mercados fruto de la integración de economías, es decir, del entorno competitivo más amplio parece surgir la necesidad de una dimensión mayor de las empresas, si pretenden conservar, sino incrementar, el mismo grado de relevancia que tenían previamente dentro del mercado doméstico. Así, por ejemplo, se observa cómo en el ámbito europeo el mayor auge de los procesos de concentración empresarial han coincidido sistemáticamente con los momentos de mayor intensificación del proceso de construcción europea.

- Finalmente, en ocasiones se pretenden obtener otras finalidades no explícitas, como por ejemplo, llevar a cabo cambios en las estructuras de gobierno de las empresas, el aprovechamiento de las ineficiencias de los mercados de capitales, la obtención de créditos y/o exenciones fiscales, la adquisición de empresas infravaloradas para mejorar su gestión y obtener un beneficio de su posterior venta, el empleo de fondos excedentes, las simples motivaciones de los directivos, mejorar los beneficios por acción, etcétera.

Tan interesante como el estudio de las causas que han motivado las concentraciones empresariales resulta el análisis de las formas o procedimientos a través de los cuales se han llevado a cabo tales procesos. La concentración empresarial, por tanto, puede adoptar distintas formas que sin ánimo de exhaustividad se pueden clasificar atendiendo al objetivo que se persigue con la misma y a la forma y grado de intensidad de la relación establecida entre las diversas empresas agrupadas.

En primer lugar, conforme a cuál sea la estructura buscada con la agrupación empresarial puede distinguirse entre las agrupaciones horizontales, en donde las empresas que se unen pertenecen a un mismo sector de actividad; las agrupaciones verticales, en las cuales las empresas agrupadas pertenecen a sectores diferentes, pero relacionados, siendo unos proveedores (integración vertical hacia atrás) o clientes (integración vertical hacia adelante) de los otros; y, finalmente, las agrupaciones conglomeradas, donde las empresas que se unen pertenecen a sectores que guardan poca o ninguna relación entre sí ⁴⁴.

En segundo lugar, en atención al grado de intensidad de la concentración empresarial, pueden distinguirse de menor a mayor intensidad: los simples acuerdos de cooperación empresarial (acuerdos de producción o marketing); las asociaciones limitadas con unión de recursos; las empresas mixtas con creación de empresas autónomas; las alianzas estratégicas (la propiedad parcial); las adquisiciones de empresas y, finalmente, la fusión en que es plena la integración de las empresas concentradas ⁴⁵.

Entre estas vías de concentración empresarial son la adquisición y la fusión de empresas las que históricamente han tenido mayor relevancia jurídico-laboral y, por tanto, deben merecer una especial atención en este estudio. En primer lugar, por lo que respecta a los mecanismos de concentración empresarial basados en la adquisición de empresas por participación financiera, es decir, aquellos en los que el enlace o unión entre empresas se da por medio de participación, más o menos grande, de unas empresas en los capitales de las otras, destaca la concentración empresarial que se produce a través de la adquisición de acciones y/o participaciones societarias, es decir, las tomas de control de empresas.

En estos supuestos, la participación de una empresa en el capital social de otra empresa se articula a través de la adquisición de sus acciones o participaciones en una cuantía suficiente para detentar el control sobre la misma, de modo que, sin perjuicio de la conservación de su autonomía jurídica, queda sometida a la dirección unitaria que ejerce la empresa que participa en su capital (toma de control de empresas), dando lugar, en definitiva, a la aparición de un grupo de empresas.

Las tomas de control han sido uno de los mecanismos más utilizados y extendidos de concentración empresarial en los últimos años, en detrimento de la segunda gran vía de concentración empresarial, es decir, las fusiones de empresas. Las causas del auge de las adquisiciones de empresas a través de la toma de control de las mismas, en detrimento del recurso a la fusión empresarial, pueden resumirse en las siguientes. En primer lugar, mientras que la fusión de empresas requiere del acuerdo de dos o más sociedades jurídicamente independientes que se comprometen a unir sus patrimonios y formar una nueva y única sociedad ⁴⁶, la toma de control da lugar igualmente al control de la empresa sin necesidad de que se produzca la unión de los patrimonios de las empresas afectadas ⁴⁷, es decir, a diferencia de la fusión, que trae consigo inevitablemente la extinción de las sociedades que se fusionan, el grupo de sociedades se caracteriza por lograr la concentración empresarial sin perjuicio del mantenimiento de la autonomía jurídica de las sociedades integradas en él ⁴⁸. En segundo lugar, la toma de control, al igual que la fusión, comporta un grado de integración entre las empresas que permite hacer frente a las necesidades del desarrollo y a los datos del mercado, pero a diferencia de ésta, permite a las empresas implicadas conservar un cierto grado de flexibilidad mediante la adopción de decisiones en régimen descentralizado, con la posibilidad de hacer posible una rápida modificación de la estructura empresarial cuando así nuevamente lo imponga el mercado ⁴⁹. Y, finalmente, la toma de control a diferencia de la fusión, permite disminuir el grado de responsabilidad, al separarse la conexión entre el poder de gestión y propiedad, que en principio corresponde a la empresa matriz y la asunción del correspondiente riesgo, que es asumido por la empresa filial.

Pese al retroceso que ha podido sufrir el recurso a la fusión de empresas como mecanismo de concentración de empresas, no cabe duda que la misma sigue siendo, junto con la adquisición de empresas por toma de control de las mismas, uno de los mecanismos más utilizados para satisfacer las crecientes necesidades de concentración empresarial impuestas por el mercado. En consecuencia, en este estudio deberemos abordar cómo ambas vías de concentración empresarial, es decir, adquisiciones y fusiones de empresas, afectan al régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones.

3. Las exigencias de flexibilidad empresarial.

Paralelamente a los procesos de concentración de la empresa, se asiste a un proceso de flexibilización de la estructura empresarial, impulsado nuevamente por las exigencias «ineludibles» del mercado y en favor de la mejora de la competitividad ⁵⁰. Esta exigencia de flexibilidad se dirige a todas las vertientes de la organización empresarial, alcanzando de esta forma tanto a la propia organización del proceso productivo, como al uso de la mano de obra ⁵¹, si bien, siendo los trabajadores quienes, en cualquier caso, soportan las consecuencias negativas de tales procesos, corresponde al Derecho del Trabajo jugar un papel expectante ante tales realidades para poder mantener de esta manera su función tuitiva pese a las transformaciones sufridas por la realidad en la que opera ⁵².

Por lo que respecta a la propia flexibilidad del proceso productivo, debe interpretarse como la capacidad de la empresa para renunciar a sus hábitos y para adaptarse a circunstancias nuevas ⁵³

y, por tanto, ante la mayor incertidumbre de los mercados, la organización empresarial debe adquirir la capacidad necesaria para ajustar su actividad a una demanda cada vez más variable en volumen y en composición ⁵⁴.

La flexibilidad del proceso productivo supone, por consiguiente, el cumplimiento de las siguientes características por parte de la organización empresarial ⁵⁵:

- a) La adaptabilidad: entendida como la capacidad para variar la combinación del *input* y modificar la cantidad productiva.
- b) La versatilidad: referida a la capacidad de variación cualitativa del producto de la empresa y, por tanto, de atender a segmentos diferenciados del mercado.
- c) La alterabilidad: que describe la capacidad de modificar sustancialmente el sistema productivo de la empresa.

A su vez, la flexibilidad de la mano de obra se refiere a todas las fases de la vida de la relación laboral, desde el momento de su contratación, hasta la finalización del contrato ⁵⁶, pudiéndose obtener la ansiada flexibilidad, a través de diversas vías, internas y externas ⁵⁷.

A partir de las vías internas se pretenden conseguir las siguientes flexibilidades:

- a) Numérica: consistente en el ajuste de la mano de obra a las necesidades de la producción y, por tanto, a las imposiciones de la demanda, comprendiendo tanto la contratación temporal, la facilidad para la extinción de la relación laboral, etcétera.
- b) Funcional: que pretende dirigir la mano de obra a las necesidades de producción existentes en cada momento, a través de la movilidad funcional, la polivalencia, etcétera.
- c) Financiera: obtenida a través de la remuneración de los trabajadores según su cualificación, su dedicación en el trabajo o su especialización.

Por su parte, las vías externas se caracterizan por el distanciamiento de los trabajadores a través del cambio de los contratos de trabajo habituales por otras formas contractuales o por el recurso a la subcontratación a otras empresas de diversas tareas correspondientes al propio proceso productivo. No en vano, la relación laboral más flexible es, sin duda, aquella que no existe.

Ante la imparable tendencia de las empresas hacia la flexibilidad en los procesos de producción y en el uso del trabajo, cabe plantearse, al menos, qué causas han provocado la implementación de estos procesos de flexibilización de la organización empresarial ⁵⁸.

Las primeras causas derivan de las ineficiencias detectadas en la anterior organización empresarial que súbitamente se transformó en rígida y, por tanto, carente de la necesaria flexibilidad ⁵⁹. Las primeras rigideces, como ya se ha puesto de manifiesto, derivan de la propia organización téc-

nico-productiva de la empresa ante las transformaciones sufridas por una demanda cada vez más incierta, inestable y fluctuante, ante lo cual las grandes unidades de producción se muestran rígidas e ineficaces ⁶⁰.

La organización empresarial taylorista-fordista, por tanto, se muestra excesivamente rígida frente a la variabilidad cuantitativa y cualitativa de la nueva demanda, ya que la concentración en grandes empresas industriales de producción en serie comporta notables problemas de organización y gestión técnica, e incluso, de complejidad burocrática, incompatibles con la volatilidad y los ciclos cortos de la demanda ⁶¹.

Frente a estas rigideces, las pequeñas empresas aportan flexibilidad debido a que pueden producir en series cortas debido a su tecnología y al trabajo artesanal, con lo cual se adaptan más fácilmente a las fluctuaciones de los mercados, tienen más facilidades para adaptar el volumen de empleo necesario según las variaciones de producción, ofrecen bajos costes salariales y la mano de obra es más dúctil ⁶². Entre estos factores juega un papel fundamental la introducción de las nuevas tecnologías y, en especial, de la tecnología informática ⁶³.

Junto a estas causas técnico-organizativas, sin embargo, también se ha considerado que se producían ineficiencias en la gestión de los recursos humanos ⁶⁴, desde la propia carencia de motivación, participación y responsabilidades directas para los mismos directivos y cuadros de la empresa, hasta los problemas de disciplina y gobernabilidad de las relaciones laborales derivados de la presencia de sindicatos en la empresa.

En este sentido, se ha considerado que la concentración de mano de obra en un centro de trabajo facilita el asociacionismo, la resistencia obrera, la contestación y la movilización de trabajadores y sindicatos, lo que supone para la dirección de la empresa un elemento de presión salarial y, por tanto, un encarecimiento de los costes laborales a lo cual hay que añadir las rigideces del sistema de contratación del empleo y las dificultades de movilidad de las plantillas, que contribuyen a perturbar y retrasar las medidas de ajuste necesarias ⁶⁵.

Esta búsqueda de organizaciones productivas más flexibles se ha llevado a cabo a través de diversos mecanismos, tanto internos como externos a la propia organización empresarial, entre los que destacan la descentralización productiva, las sustituciones de determinadas áreas de empleo por servicios de subcontratas, el recurso al trabajo autónomo o parasubordinado, introducción de instrumentos técnicos de producción flexibles y polivalentes, diversificación de la producción, estrategias de diferenciación salarial, nuevas formas de gestión individualizada de la fuerza de trabajo y modos de contratación temporal del empleo, etcétera ⁶⁶.

Entre las diversas vías expuestas para alcanzar los objetivos de la empresa flexible, de acuerdo con el objeto de este trabajo, destaca, sin ningún género de dudas, la descentralización productiva ⁶⁷. El fenómeno de la descentralización productiva ha sido definido como una forma de organización del proceso de elaboración de bienes y servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y persona-

les ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o a personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo ⁶⁸.

La descentralización productiva requiere, por tanto, la concurrencia de dos elementos esenciales, que la diferencian de cualquier otra forma de organización empresarial ⁶⁹: un primer elemento, consistente en la externalización o exteriorización de funciones que una empresa realiza, ha realizado o, en cualquier caso, estaría en condiciones de realizar; y, un segundo elemento, consistente en que estas funciones externalizadas son desarrolladas por otra empresa a través de diversas fórmulas de cooperación interempresarial, produciéndose de este modo una división del trabajo entre las empresas implicadas en el proceso ⁷⁰.

En estos procesos, por tanto, se perciben dos fenómenos aparentemente contradictorios, pero que, sin embargo, responden a la nueva lógica económica, en primer lugar, se lleva a cabo una desintegración o una reducción de las dimensiones medias de las empresas (*downsizing*) ⁷¹ o «una suerte de pequeñización interna» ⁷², con la formación y proliferación de nuevas pequeñas empresas ⁷³, pero al mismo tiempo, se detecta la aparición de grandes empresas que se articulan a través de una sociedad matriz que se coordina con unidades productivas separadas, dando lugar a una empresa red ⁷⁴.

Es decir, en un primer momento se produce una fragmentación del proceso productivo en varias fases, para asignar posteriormente cada una de las mismas a una empresa distinta, lo que supone una descentralización empresarial de la actividad productiva de la empresa que ya no realizará por sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades de la misma, pero posteriormente, se articulan diversos mecanismos (acuerdos o convenios comerciales, vinculaciones financieras, vinculaciones personales, etcétera) que permiten la subsistencia de una dirección económica unitaria respecto de todas las empresas, propia de todo proceso de concentración empresarial ⁷⁵.

El ámbito de estos procesos de descentralización o, en otras palabras, las funciones externalizadas a través de estos procesos de descentralización empresarial, no se limitan en la actualidad a decisiones puntuales que afecten únicamente a determinadas fases del proceso de producción, sino que se trata de un planteamiento estratégico y estructural ⁷⁶, abarcando tanto aspectos de la organización empresarial, como la propia función de producción (reparación, mantenimiento, inspección, control, certificación, homologación, control de calidad, ingeniería industrial, asesoría en ingeniería, etcétera), como a las demás funciones complementarias: administración y gestión (consultoría de gestión, servicios legales, servicios de contabilidad), personal (trabajo temporal, formación profesional), información y comunicación (servicios informáticos, servicios privados de comunicación, ayuda a la exportación), marketing (publicidad, relaciones públicas, servicios lingüísticos) y servicios operacionales (limpieza, vigilancia y seguridad), etcétera ⁷⁷.

El recurso a la descentralización productiva se configura, por tanto, como uno de los mecanismos más idóneos para hacer frente a las crecientes necesidades de integración entre las empresas, dando cumplimiento a las referidas necesidades de concentración impuestas por el mercado, pero al mismo tiempo les permite conservar un cierto grado de flexibilidad y descentralización,

haciendo fácilmente posible la modificación de la estructura empresarial cuando así nuevamente lo imponga el mercado ⁷⁸. En consecuencia, en este estudio deberemos analizar cómo estos procesos de descentralización productiva afectan a los Planes y Fondos de Pensiones, tanto en el momento inicial en que se lleva a cabo la escisión o segregación empresarial, como en el momento posterior en que debe recurrirse a las prácticas de subcontratación empresarial.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

1. Los Planes y Fondos de Pensiones ante la transmisión de la empresa.

Como se ha puesto de manifiesto, tanto las necesidades de concentración empresarial como las necesidades de descentralización productiva llevan aparejado habitualmente el recurso a las transmisiones de empresas. No en vano, fusiones y escisiones o segregaciones de empresas constituyen dos de los mecanismos más habituales para atender a las nuevas exigencias de la economía moderna, dando lugar en ambos casos a cambios en la titularidad empresarial.

En este sentido, en la fusión de empresas dos o más sociedades se unen desapareciendo la personalidad jurídica de cada una y produciéndose el nacimiento de una nueva que las sustituye, de forma tal que en este supuesto las sociedades antiguas extinguen su personalidad y sus derechos y obligaciones se transmiten a otra nueva que adquiere dichos derechos y deberes, dando lugar a un supuesto de sucesión de empresa encuadrable en el artículo 44 ET.

En la misma dirección, la aplicación de la normativa sucesoria es una característica común a todos los procesos de descentralización empresarial, en tanto que el proceso de transferencia de actividad y trabajadores que éstos exigen, constituyen, en la mayor parte de casos, una escisión empresarial o segregación patrimonial acompañada de la correlativa asunción de la parte escindida por una empresa ya existente o de nueva creación dedicada a actividades relacionadas con la actividad a descentralizar ⁷⁹.

En esta dirección, la escisión empresarial se configura como aquella operación en virtud de la cual se fragmenta total o parcialmente el patrimonio de una sociedad en una o más partes, transmitiendo en bloque cada fracción patrimonial escindida a una o varias sociedades existentes o de nueva creación, mediante la atribución a los socios de la sociedad escindida de acciones o participaciones procedentes de la sociedad o sociedades beneficiarias ⁸⁰. Y, en parecidos términos, a través de la segregación patrimonial o escisión impropia, también se segrega una o más partes del patrimonio de una sociedad que mantienen invariable su personalidad jurídica ⁸¹.

Siendo la transmisión de empresas un instrumento común para las nuevas formas de organización de la empresa, debe analizarse cuál es el tratamiento que reciben los Planes y Fondos de

Pensiones ante estas prácticas de circulación empresarial, puesto que como ya se ha puesto de manifiesto, ni la transmisión de empresas puede suponer un freno al desarrollo y proliferación de los Planes y Fondos de Pensiones, ni éstos pueden suponer un obstáculo para que las empresas adopten sus estructuras a las necesidades del mercado.

El redactado actual del artículo 44 ET ha ampliado, cuanto menos en su literalidad, el alcance de la obligación de subrogación del nuevo empresario, extendiéndola a los derechos y obligaciones de Seguridad Social y a todas las obligaciones de protección social complementaria, si bien, por lo que respecta a los compromisos por pensiones, no se regirán por lo previsto en este precepto, sino por lo que en cada momento prevea su normativa específica⁸². Con esta reforma se ha conseguido homogeneizar el contenido de los diversos preceptos que bajo el epígrafe de «Garantías por cambio de empresario» componen la sección segunda del Capítulo III, del Título I del Estatuto de Trabajadores, de modo que el artículo 42 ET –subcontratación de obras y servicios–, el artículo 43 –cesión de trabajadores– y el artículo 44 ET –la sucesión de empresa– contienen ahora menciones expresas a las obligaciones de Seguridad Social⁸³.

El alcance novedoso de este nuevo redactado del artículo 44 ET, sin embargo, inmediatamente debe ser matizado, pudiéndose cuestionar si añade o no algo nuevo respecto a la regulación anterior⁸⁴. Por lo que respecta a los derechos y obligaciones del sistema público de Seguridad Social de los que era titular el empresario anterior, la subrogación ya venía impuesta por los artículos 104 y 127 LGSS⁸⁵, los cuales no han sido objeto de modificación alguna tras la reforma⁸⁶. En esta dirección, el apartado segundo del artículo 127 LGSS prevé que «en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión». Previsión de responsabilidad solidaria que el artículo 104 del mismo texto normativo se encarga de extender a la obligación de cotización del empresario⁸⁷.

No obstaculizaba dicha afirmación el hecho de que la normativa de Seguridad Social utilizara la expresión «sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio», en lugar de la fórmula que se contiene en el artículo 44 ET de «cambio de titularidad en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma», habiéndose considerado de forma unánime que ambas expresiones se referían a una misma realidad⁸⁸.

A pesar de ello, la inclusión expresa de la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones de Seguridad Social del anterior ha sido aplaudida por la doctrina, que ha considerado acertado que los aspectos laborales y de Seguridad Social derivados del cambio de titularidad en la empresa se contemplen de forma conjunta en el artículo 44 ET⁸⁹, solventándose así definitivamente las dudas anteriores sobre si el término «laborales» integraba también a las obligaciones de Seguridad Social⁹⁰.

Por lo que respecta a la suerte que deban seguir los derechos y obligaciones en materia de protección social complementaria tras el cambio de titularidad en la empresa, pese a que con anterioridad a la reforma del artículo 44 ET nada se establecía al respecto en la normativa, tampoco resulta-

ba especialmente conflictiva la inclusión de los mismos en el efecto subrogatorio previsto por el artículo 44 ET ⁹¹, ya fuera porque las mismas formaban parte de los derechos y obligaciones derivadas del contrato de trabajo que el nuevo empresario debe respetar ⁹², o bien, porque las mismas se contenían habitualmente en un convenio colectivo que subsistía al menos de forma temporal tras la transmisión ⁹³. Por el contrario, la subrogación en los derechos y obligaciones de protección social no podía derivarse de las previsiones contenidas en los citados artículos 104 y 127 LGSS, puesto que los mismos restringían su ámbito de aplicación únicamente a las relaciones jurídicas de Seguridad Social, sin extenderse, por tanto, a las relaciones privadas de previsión social ⁹⁴.

En cualquier caso, con la inclusión expresa de los derechos y obligaciones de protección social en el efecto subrogatorio previsto por el artículo 44 ET ⁹⁵, al igual que sucedía en relación con la inclusión de los derechos y obligaciones de Seguridad Social, el legislador nacional ha venido a clarificar esta materia ⁹⁶, ejerciendo de forma positiva la facultad prevista en el artículo 3.4 a) de la Directiva 23/2001/CE, que pese a excluir con carácter general del efecto subrogatorio a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales ⁹⁷, dejaba en manos de cada Estado la decisión final al respecto ⁹⁸. Por tanto, tras la reforma de la normativa sucesoria, el ordenamiento jurídico español ha mejorado lo dispuesto a nivel comunitario, puesto que éste permitía excluir del efecto subrogatorio determinadas prestaciones que, sin embargo, sí han sido incluidas en el artículo 44 ET –prestaciones de jubilación, invalidez y supervivencia ⁹⁹. No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto al resto de medidas que conforman la protección social complementaria, que quedan al margen de la previsión comunitaria y, por tanto, sometidas sin excepciones al régimen general de la disciplina sucesoria ¹⁰⁰.

Con esta mención expresa de los compromisos por pensiones en el redactado del artículo 44 ET se supera la controversia que se había generado en torno a si era suficiente que la jurisprudencia obligara al cesionario a respetar tales derechos, o si por el contrario, debía ser la ley la que impusiera esa obligación al respecto. Habiéndose pronunciado algún autor en el sentido de considerar que «según nuestra tradición jurídica, corresponde en principio al legislador establecer la protección o las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios contemplados en artículo 4 de la Directiva» ¹⁰¹.

Asimismo, con la inclusión expresa de los derechos y obligaciones de protección social complementaria se evita que futuras resoluciones de los tribunales laborales hubieran podido interpretar que una reforma legislativa del artículo 44 ET que hubiera omitido incluir tales derechos y obligaciones debía ser interpretada conforme al artículo 3.4 a) de la Directiva, es decir, como una opción por su exclusión del efecto subrogatorio previsto por el artículo 44 ET ¹⁰².

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la subrogación de los restantes derechos y obligaciones de protección social que se regirán en todos sus extremos por el artículo 44 ET, en relación con los compromisos por pensiones, dicho precepto se limita a establecer que el efecto subrogato-

rio se extiende también a los mismos, pero no regula los términos en que debe tener lugar dicha subrogación, remitiéndose en este punto a lo que disponga en cada momento su legislación específica.

En esta dirección, la disposición adicional undécima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, introdujo un nuevo apartado 4 f) al artículo 5 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones, en la que se establecía una normativa específica relativa a los efectos que sobre los Planes de Pensiones tiene la extinción del promotor del Plan de Pensiones, ya sea por fusión o por cualquier otro supuesto de cesión global del patrimonio de la empresa, configurándose de este modo una regulación propia de los efectos de la sucesión de empresa en esta materia ¹⁰³.

El artículo 5.4 f) LPFP, de conformidad con la reciente redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social –actual Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre– ¹⁰⁴, tras establecer que los Planes de Pensiones terminarán por la disolución del promotor del Plan de Pensiones ¹⁰⁵, establece que «no obstante, 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 aquélla 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».

Como puede observarse, el supuesto de hecho de esta norma –fusión, o cesión global del patrimonio– no coincide con el ámbito de aplicación del artículo 44 ET –cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma, pese a lo cual no ha habido especiales dificultades en aplicar el régimen previsto en la misma a todos los supuestos de transmisión de empresa que entrañen el efecto de extinción formal del promotor del Plan de Pensiones– ¹⁰⁶.

Este precepto se aparta del carácter imperativo que de modo general inspira la normativa sucesoria y, especialmente, el artículo 44 ET, optando por un modelo más flexible o dispositivo en el que prima la voluntad de las partes implicadas. En esta dirección, pese a prever con carácter general que no tendrá lugar la terminación del Plan de Pensiones por el mero hecho del cambio de titularidad –fusión o cesión global del patrimonio–, debiéndose subrogar la entidad resultante de dichas operaciones en los derechos y obligaciones del promotor extinguido, sin embargo, supedita dicho efecto a la ausencia de acuerdo en contrario, de modo que la previsión legal tiene un mero carácter supletorio de este posible acuerdo. El carácter negocial de esta previsión se ha visto reforzado más si cabe tras la reciente reforma del artículo 5.4 f) LPFP, puesto que a diferencia de la regulación anterior que permitía evitar el efecto subrogatorio de forma preventiva en las especificaciones del Plan, la actual regulación sólo admite que la misma se aborde de forma sobrevenida al acontecer la transmisión empresarial.

Asimismo, se prevé que si como consecuencia de tales operaciones societarias una misma entidad resultara promotora de varios Planes de Pensiones del sistema de empleo, se proceda a integrar en un único Plan de Pensiones a todos los partícipes y sus derechos consolidados en el plazo de doce meses desde la fecha de efecto de la operación societaria. La solución por la que se opta es de carácter racionalizador, en aras a un mejor funcionamiento de futuro de la política de previsión de base empresarial y a garantizar mejor la viabilidad del complejo empresarial resultante de la operación ¹⁰⁷. Si bien, las dificultades que conlleva dicha operación han hecho conveniente que el plazo para llevar a cabo esta integración se haya ampliado de seis a doce meses.

Pese a la extensión del efecto subrogatorio de la normativa sucesoria a la protección social, aún cabe plantearse si las previsiones contenidas en el artículo 44 ET y, para el supuesto de los compromisos por pensiones, en el artículo 5.4 f) LPFP, satisfacen la previsión, ahora sí imperativa, de la Directiva comunitaria, cuyo artículo 3.4 b) prevé que los Estados miembros «adoptarán, no obstante, las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios profesionales o interprofesionales» ¹⁰⁸.

En este punto debe manifestarse que la extensión del efecto subrogatorio previsto en el artículo 44 ET a toda la protección social complementaria, al tiempo que como ya hemos puesto de manifiesto no era una exigencia de la Directiva ¹⁰⁹, tampoco puede satisfacer por sí sola el resultado perseguido por el legislador comunitario de garantizar los derechos de determinados colectivos en lo relativo a los derechos adquiridos o en curso de adquisición sobre las prestaciones de jubilación y supervivencia de los regímenes complementarios profesionales o interprofesionales ¹¹⁰. No en vano, esta previsión comunitaria no cumple una mera función de sustitución debilitada de la regla de inaplicación del principio subrogatorio a los regímenes complementarios de Seguridad Social de base profesional ¹¹¹, sino que su finalidad es preservar esos derechos de los avatares del tráfico empresarial, asegurar su efectivo disfrute, al margen y con independencia de la persona que ostente la titularidad de la empresa, lo cual no queda garantizado por el mero hecho de la aplicación a los mismos de la normativa sucesoria ¹¹².

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico sí se adecua por otra vía a esta exigencia comunitaria al prever la instrumentalización y externalización de los compromisos por pensiones ¹¹³. En esta dirección, una norma ajena a la normativa sucesoria como es la disposición adicional primera de la LPFP ¹¹⁴ prevé que «los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos (...). En ningún caso resultará admisible la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos o instrumentos similares» ¹¹⁵.

Una vez se procede a la instrumentalización y externalización de los compromisos por pensiones, los derechos adquiridos o en curso de adquisición derivados de las sucesivas aportaciones

resultan intangibles, pues pasan a constituir, en los Planes de Pensiones, los «derechos consolidados» y, en los contratos de seguro, los derechos económicos del rescate, de modo que resultan inmunes a eventuales modificaciones o supresiones de los compromisos por pensiones que pudieran acontecer en el futuro, cumpliéndose de este modo la previsión comunitaria ¹¹⁶.

No empece a ello que los compromisos por pensiones al incluirse en convenios colectivos puedan ser modificados o suprimidos por un convenio colectivo posterior ¹¹⁷, puesto que lo que pretende la Directiva comunitaria no es la perpetuación e inalterabilidad del sistema de previsión establecido en el convenio colectivo, sino únicamente garantizar los derechos adquiridos o en curso de adquisición en materia de prestación de jubilación y de supervivencia derivados de tales sistemas de previsión ¹¹⁸.

2. Los Planes y Fondos de Pensiones en los grupos de empresa.

Como ya se ha indicado, una segunda vía a través de la cual se pretende hacer frente a las exigencias del mercado es la organización de la empresa en forma de grupo de empresas. Esta forma de organización de la empresa se caracteriza por la presencia de dos elementos aparentemente contradictorios: la presencia de una pluralidad subjetiva y la constatación de una unidad económica, que en ningún caso conlleva una unificación en el plano jurídico ¹¹⁹. Esta aparente contradicción ha permitido hablar de la existencia de un divorcio entre el derecho, que reconoce una pluralidad jurídica, y la economía, que contempla una unidad económica ¹²⁰.

El primer elemento exigido, por tanto, lo constituye la presencia de una pluralidad de empresarios independientes, siendo indiferente que se trate de empresarios individuales o de empresarios sociales, aunque en la práctica estos últimos representan los supuestos más frecuentes, y sin que tampoco constituya un elemento trascendente la naturaleza pública o privada de los mismos. A su vez, el segundo elemento, es decir, la unidad económica, exige una cohesión o relación íntimas entre las diversas entidades empresariales integrantes del grupo de empresas en lo relativo al desarrollo de la actividad empresarial, de modo que, pese a la personalidad jurídica propia de cada una de las entidades integrantes del grupo, todas actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa.

La dependencia se configura, normalmente, como el puente que permitiría transformar una pluralidad jurídica en una unidad económica y, que, a su vez, permitiría identificar tras una unidad económica una pluralidad jurídica. Desde esta perspectiva la dependencia se identificaría con la idea de control y de dominio que reside en un centro de decisión externo a la empresa controlada o dependiente, es decir, se identificaría con la situación por la que un sujeto puede ejercer sobre otro, directa o indirectamente una influencia dominante o determinante ¹²¹. Esta relación de dependencia puede tener su origen tanto en medios jurídicos como fácticos, procediendo habitualmente de los lazos financieros existentes entre las diversas empresas integrantes del grupo, si bien, también puede derivar de otros instrumentos, como por ejemplo, de determinados contratos, que aunque inicialmente

no tengan este objetivo, por la desigualdad en que se encuentran las partes, conducen a una efectiva situación de dependencia, o de la presencia de vinculaciones personales, manifestada a través de la concurrencia de los mismos dirigentes en diversas empresas ¹²².

La presencia de una relación de dependencia sería, por tanto, el único elemento admitido para constatar el segundo elemento imprescindible para apreciar la existencia de un grupo de empresas, es decir, la existencia de una dirección unitaria ejercida por el citado centro de decisión externo, en detrimento de la capacidad de decisión de cada una de las unidades empresariales que conforman el grupo.

Esta dirección unitaria, finalmente, permite al centro de decisión ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de las diversas empresas integrantes del grupo, produciéndose consecuentemente una concentración de la adopción de decisiones en el citado centro, que constituye la máxima representación de la unidad económica existente entre las diversas unidades empresariales que constituyen el grupo de empresas.

Siendo los grupos de empresas una de las formas predominantes de organización de las empresas, resulta igualmente necesario analizar cómo los mismos inciden en los Planes y Fondos de Pensiones, no sólo por lo que respecta a la extensión de responsabilidades a las empresas que lo integran –vertiente patológica–, sino, fundamentalmente, en relación con el encaje que los Planes y Fondos de Pensiones deben tener cuando la empresa se organiza en forma de grupo –vertiente fisiológica–.

En este punto, la regulación que sobre grupos de empresa viene contenida primero en la LPFP, a partir de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (LOSSP) y, más adelante, en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (RFPF), con la inclusión de un Capítulo X a partir de la aprobación del Real Decreto 1589/1999, supone un paso muy importante para la ordenación jurídica de este fenómeno empresarial ¹²³.

La trascendencia que otorgamos a la regulación de los grupos de empresa en el ámbito de los Planes de Pensiones se justifica fundamentalmente en dos motivos, en primer lugar, porque resulta sumamente interesante que, aunque a través de una norma de carácter sectorial como es el supuesto de la normativa sobre Planes y Fondos de Pensiones, se produzca una aceptación del fenómeno del grupo de empresas, puesto que en ningún caso se adopta una actuación prohibitiva de los mismos, sino que, por el contrario, se opta por su tratamiento fisiológico, frente al tradicional tratamiento patológico de los mismos; en segundo lugar, porque a través de dicha regulación se facilita el desarrollo de este tipo de previsión voluntaria, ya que permite una mejor gestión de los recursos humanos, una racionalización de los costes de gestión y sobre todo una cierta homogeneización o equivalencia del sistema de Planes de Pensiones en el marco de un determinado sector de la actividad económica, al tiempo que reducirá las dificultades que en esta materia comportaban las operaciones societarias y los movimientos de empleados en el seno del grupo ¹²⁴.

Consciente del amplio desarrollo que ha tenido el modelo de los grupos de empresa como forma de organización de la empresa, el legislador ha comprendido, a nuestro entender de forma acertada, la necesidad de dar a este fenómeno una respuesta en el ámbito de los Planes de Pensiones, puesto que de lo contrario se obstaculiza seriamente el desarrollo de este instrumento de previsión.

A partir de la inclusión de los grupos de empresa y, por tanto, de su reconocimiento en la normativa que regula los Planes de Pensiones del sistema de empleo, analizaremos brevemente cuál es el tratamiento que esta forma de organización de la empresa recibe, en cuanto a su configuración y a sus efectos se refiere.

Con respecto a la delimitación conceptual de lo que deba entenderse por un grupo de empresas en el ámbito de la regulación de un Plan de Pensiones del sistema de empleo, se puede constatar cómo el artículo 74.1 RFPF nos ofrece una definición de grupo de empresas que no resulta en absoluto novedosa, puesto que esta misma definición ya se encontraba recogida en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

En este sentido, el artículo 74.1 RFPF define al grupo de empresas como el integrado por dos o más entidades que constituyan una unidad de decisión por ostentar cualquiera de ellas, directa o indirectamente, el control de las demás a través de los criterios establecidos por el artículo 42 del Código de Comercio, que son concretamente tres: poseer la mayoría de los derechos de voto, tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración y disponer, en virtud de los acuerdos con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto ¹²⁵.

Se puede concluir, por tanto, que el RFPF, a través del artículo 74.1, se ha limitado a adoptar un concepto de grupo de empresas que se encuentra consolidado en el ámbito de las relaciones jurídicas, en general, y en las relaciones de trabajo, en particular. Sin embargo, esta afirmación podría cuestionarse de acuerdo con el contenido del apartado 2.º de dicho precepto, en el cual al referirse a las empresas que conforman un grupo y que podrán participar como promotoras de un Plan de Pensiones del sistema empleo, se limita dicha posibilidad únicamente a aquellas empresas que formando parte del grupo se hayan constituido como sociedades mercantiles.

No es ésta, sin embargo, la valoración que consideramos más acertada de las previsiones contenidas en dicho precepto, puesto que la remisión que el artículo 74.2 RFPF hace a las sociedades mercantiles, más que una limitación del concepto de grupo de empresas, entendemos que constituye un requisito mínimo que deberá cumplirse por parte de los mismos en el momento en que se decida la constitución de un Plan de Pensiones conjunto del sistema de empleo.

A esta conclusión se llega poniendo en relación lo previsto en el artículo 74.2 RFPF, con el artículo 74.3 RFPF, que en su penúltimo inciso prevé la posibilidad de que además de las sociedades mercantiles puedan de manera voluntaria participar en un Plan cualquier otro tipo de entidad que forme parte de la unidad de decisión y comunidades de bienes constituidas por empresas del grupo. Este concepto amplio de grupo de empresas, por otra parte, también se ajusta perfectamente a la definición de empresa prevista en la disposición adicional primera LPFP en relación a la obligación de externalización de los compromisos por pensiones contenido en este precepto legal, concepto que de nuevo se repite en el artículo 5 Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre. Finalmente, las referencias que en la norma se contienen al término entidades, permite incluir a las entidades públicas empresariales, y, por tanto, a los grupos de empresas públicos.

Asimismo, una segunda limitación que se establece para la constitución de Planes de Pensiones conjuntos del sistema de empleo por parte de grupos de empresas, consiste en la exigencia de que estos grupos de empresas tengan carácter nacional, aunque facultativamente y siempre que no se establezca alguna disposición en contrario, en un Plan de Pensiones también pueden participar agencias, sucursales o establecimientos de empresas extranjeras situadas en España y que formen parte del grupo ¹²⁶.

Esta exigencia, sin embargo, tal y como ya ha señalado la doctrina, pronto deberá ser eliminada de la normativa reguladora de los Planes de Pensiones, dado que cada vez es más habitual que la configuración de los grupos de empresas tenga un carácter multinacional, por lo que el mantenimiento de este requisito podría llevar, una vez más, a suponer un obstáculo para la instauración y la consolidación de este tipo de medidas de protección social ¹²⁷.

Una vez analizado el concepto de grupo de empresas a efectos de la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones, debemos analizar cuál es el régimen jurídico que el legislador ha previsto para los Planes de Pensiones del sistema de empleo que tengan como promotor a un grupo de empresas, para lo cual debe ponerse de manifiesto que, al margen de las referencias generales contenidas sobre grupos de empresa en la Ley y en el RFPF al hacer mención a los sujetos constituyentes de los Planes de Pensiones del sistema de empleo, a partir del año 1999, se ha incluido en la normativa un nuevo capítulo, concretamente el Capítulo X RFPF, dedicado a la regulación específica de los Planes conjuntos, entre los que se encuentran los Planes promovidos por grupos de empresas.

La primera valoración que debe realizarse de esta regulación tiene un alcance meramente formal, consistente, básicamente, en poner de manifiesto que la mera diferenciación del tratamiento jurídico que se lleva a cabo en estas normas, entre un Plan de empresa y un Plan de grupo de empresa, resulta por sí mismo significativa, puesto que nos ofrece un primer argumento para defender la distinción existente en el tratamiento de ambas formas de organización de la empresa, es decir, la empresa unitaria de la cual es titular un único empresario, y la empresa de grupo, en la cual coexisten una pluralidad de empresarios. En caso contrario, lógicamente, no hubiera sido necesaria la existencia de una regulación específica para regular los Planes de Pensiones en los grupos de empresa, puesto que serían suficientes las previsiones relativas a los Planes de empresa ¹²⁸.

En este sentido, la inclusión del Capítulo X RFPF viene a confirmar la citada distinción entre la concepción de la empresa unitaria y el grupo de empresas, que ya anteriormente se podía intuir de la normativa existente. En este sentido debemos recordar que el artículo 4.1 LPFP establecía que el promotor tenía que ser un empresario individual, por lo que si realmente se hubiera considerado que un grupo de empresas respondía a los mismos esquemas que un empresario individual no hubiera sido necesaria la posterior inclusión de los grupos de empresas en la modalidad de Plan de empleo conjunto.

En los Planes de Pensiones del sistema de empleo individuales nos encontramos con un único sujeto o con varios sujetos que no mantienen su identidad individual y que, por tanto, actúan como un único empresario, mientras que en los Planes de Pensiones del sistema de empleo conjuntos, nos

encontramos con una pluralidad de entidades –una pluralidad de empresarios– que o bien actúan de forma independiente –pequeñas y medianas empresas– o bien actúan bajo una dirección unitaria –grupos de empresas–, pero manteniendo una cierta autonomía individual.

La trascendencia de la conclusión que se apunta exige, sin embargo, que junto al argumento meramente formal expuesto, se pongan de manifiesto otros argumentos relativos al contenido de la regulación, para lo cual se hace necesario adentrarnos en el estudio de los preceptos contenidos en el Capítulo X RFPF, puesto que del análisis del mismo se pueden identificar algunos elementos que nos pueden ayudar a acreditar esta diferencia de tratamiento jurídico que reciben en la norma la empresa unitaria y el grupo de empresas.

En este sentido, el artículo 74.3 RFPF nos ofrece un primer elemento en la regulación de este tipo de Planes que pone de relieve la identidad individual que mantienen las diferentes entidades integrantes del grupo de empresa y que no permite identificarlos, por tanto, con un único empresario.

Este precepto establece, como regla general, un requisito inicial para poder constituir un Plan de Pensiones de grupo, consistente en que todas las empresas pertenecientes al mismo queden incorporadas en un mismo Plan de Pensiones. Sin embargo, esta regla puede ver exceptuada su aplicación en aquellos casos en que las empresas ya tuvieran formalizado un Plan de Pensiones con sus empleados en el momento de constituirse el grupo de empresas como promotor de un Plan, lo cual, obviamente, carece de sentido en un Plan de Pensiones de empresa ¹²⁹. Al mismo tiempo, también como muestra de la pluralidad empresarial que define al grupo de empresas, se prevé para el supuesto de incorporación de nuevas empresas o entidades al grupo, que éstas puedan integrarse al Plan ya constituido ¹³⁰ e, incluso, que aquellas empresas que dejen de pertenecer al grupo puedan permanecer en el Plan de grupo ¹³¹.

Un segundo elemento que nos permite defender la identidad propia que mantiene cada entidad empresarial en el seno del grupo de empresas se encuentra en el artículo 76.1 y 2 RFPF, en relación con el momento de fijar las condiciones que conformarán el Plan de Pensiones. En este sentido, cada empresa del grupo podrá con la adición de un anexo al Plan de Pensiones incorporar condiciones particulares relativas a las contribuciones, prestaciones y a sus partícipes, siempre que se respeten las condiciones generales del Plan, incluido, en su caso, el régimen general de aportaciones y prestaciones ¹³².

Nos encontramos, por tanto, ante una excepción a la prohibición de diversificación de la protección prevista en el artículo 5.3 RFPF, según la cual dentro de un Plan de Pensiones del sistema de empleo no pueden fijarse condiciones diferentes entre los trabajadores que participen en el Plan y que vayan más allá de las que se acuerden en convenio colectivo y siempre que se justifiquen en alguno de los criterios enumerados en el precepto mencionado anteriormente.

En realidad, se trata de una excepción a medias, ya que el artículo 5.3 RFPF tiene como finalidad garantizar el mismo tratamiento protector a todos los trabajadores de la empresa, lo cual en el artículo 76.2 RFPF, se mantiene, al menos parcialmente, puesto que se prevé que los anexos sean de

aplicación para todos los trabajadores de una misma empresa y, por tanto, las diferencias, en el supuesto de que existan, si bien se encuentran dentro de un mismo Plan, afectan únicamente a las diversas entidades empresariales integrantes del grupo, pero no a los trabajadores de cada una de dichas entidades empresariales ¹³³.

Finalmente, un tercer aspecto de la regulación de los Planes de Pensiones de los grupos de empresas que nos permiten apuntar el mantenimiento de una cierta individualidad de las diversas entidades que conforman el grupo, se encuentra en el modo en que se permite organizar a los órganos promotores y de control del Plan de Pensiones.

En este sentido, los artículos 76.3 y 77 RPPF permiten que la comisión promotora y la comisión de control del Plan se organicen de forma conjunta, es decir, que la elección de los representantes de las diferentes posiciones jurídicas previstas en un Plan se realice a partir de una elección general entre todos los sujetos que ostentan cada una de dichas posiciones jurídicas, pero también permite que dichas comisiones se organicen de forma separada, es decir, de modo que cada entidad empresarial del grupo aporte a la comisión la representación que corresponda de la parte promotora, de la parte de los partícipes y de la parte de los beneficiarios en el caso de que la hubiere.

Al margen de particularidades reseñadas hasta el momento, que a nuestro parecer ya aportan elementos suficientes para defender la autonomía individual que mantienen las diversas entidades que forman parte de un grupo, lo que supone que la normativa no ha llevado a cabo una personificación o subjetivización del grupo de empresas, que lo equipare a la empresa unitaria, existen aún otros aspectos en la regulación de los Planes de Pensiones conjuntos en que los promotores sean grupos de empresas, que ponen de relieve otras importantes diferencias con respecto al régimen común de los Planes de Pensiones del sistema de empleo, cuya existencia sólo se entiende y justifica si se parte de la convicción de que nos encontramos ante dos realidades empresariales diferentes y que, por tanto, no pueden recibir siempre un mismo tratamiento normativo.

Únicamente de este modo se justifica, por ejemplo, que un Plan de Pensiones de grupo, a diferencia de los casos en los que el promotor es un único empresario, sólo pueda ordenar la prestación de jubilación a partir de la modalidad de aportación definida, quedando totalmente prohibida la utilización de cualquier otra modalidad, o que las prestaciones definidas que se otorguen para el caso del fallecimiento o invalidez del partícipe, así como las garantizadas a los beneficiarios, deban garantizarse en su totalidad mediante los correspondientes contratos de seguros previstos por el Plan ¹³⁴.

Ahora bien, puesta de manifiesto la pluralidad subjetiva que caracteriza al grupo y que se reseta por esta regulación, se refleja, igualmente, la otra nota que caracteriza al grupo, es decir, la unidad económica, que permite identificar tras la pluralidad subjetiva una única organización y actividad empresarial.

Ello justifica, por ejemplo, que la constitución de este Plan exija, salvo las excepciones ya expuestas, la presencia de todas las empresas del grupo en el mismo, la elaboración de un único proyecto de Plan de Pensiones y el nombramiento de una única comisión promotora ¹³⁵.

Sin embargo, la principal manifestación del carácter unitario del grupo consiste en que, a diferencia de lo previsto en el régimen general de los Planes de Pensiones del sistema de empleo, en los Planes de Pensiones conjuntos, si bien en principio cada empresa promotora responde del cumplimiento de las obligaciones de contribución respecto de sus trabajadores partícipes previstas en su anexo, se permite la mediación en el pago de aportaciones que realice alguno de los promotores del Plan por cuenta de otros promotores del mismo grupo. Esta posibilidad sólo encuentra justificación si se parte de la idea de que en los grupos de empresas existen vínculos especiales entre las empresas, que aunque no permitan la identificación de un único empresario, sí que permiten afirmar que no nos encontramos ante entidades totalmente independientes.

Todos los elementos expuestos ponen de manifiesto nuevamente que la organización de la empresa en forma de grupo, entendida como ejercicio de una actividad empresarial desarrollada conjuntamente por diversos empresarios, es tomada en consideración desde un punto de vista jurídico y, por tanto, receptora de efectos jurídicos.

Debemos hacer notar, por último, que salvo la denominación de las diferentes modalidades de Planes de Pensiones conjuntos, que vienen previstas en el artículo 74 RPPF, respecto a los grupos de empresas, y en el artículo 75 RPPF, en relación con las pequeñas y medianas empresas, el resto de preceptos que componen el Capítulo X RPPF son comunes a ambos supuestos.

A pesar de que la identidad en el tratamiento normativo que reciben los Planes de los grupos de empresas y los Planes conjuntos de las pequeñas y medianas empresas puede resultar un tanto sorprendente, sin embargo, tal opción se encuentra en perfecta consonancia con la configuración normativa que se realiza de un Plan conjunto. En este sentido, si se parte de la consideración, como es el caso, que tanto el Plan de grupo de empresas, como el Plan compuesto por varias empresas de pequeña o mediana dimensión, responden a una misma realidad jurídica conformada a partir de una pluralidad de empresarios unidos por diversos vínculos, parece razonable pensar que deba ofrecerse a ambos una misma solución jurídica.

Asimismo, ésta es la única conclusión posible si partimos de la idea de que un Plan conjunto compuesto por varias pequeñas y medianas empresas puede ser otra forma a través de la cual puede manifestarse el fenómeno de los grupos de empresa. En este sentido, la definición que nos ofrece el artículo 74 RPPF de grupo de empresas puede ser calificada como restrictiva, porque no nos permite abarcar todas las modalidades de grupos de empresas que existen. Es decir, este precepto sólo permitiría abarcar a un tipo de grupos de empresas, que son los llamados grupos por subordinación, pero no nos permitiría comprender a los grupos por coordinación, en los cuales los vínculos existentes entre las diferentes empresas que conforman el grupo, como ya se ha puesto de manifiesto, se sitúan en el ámbito de la cooperación o de la colaboración empresarial.

Esta segunda concepción de los grupos de empresas, sin embargo, puede encontrar cobijo en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones a través de la regulación, dentro de los Planes de Pensiones conjuntos del sistema de empleo, de los Planes compuestos por varias pequeñas y medianas empresas, lo que justificaría, por tanto, que ambas figuras disfruten de un tratamiento jurídico homogéneo.

3. Descentralización productiva y Planes y Fondos de Pensiones.

En los procesos de descentralización productiva son inevitables las relaciones interempresariales, no en vano, como ya se ha puesto de manifiesto, el fenómeno de la descentralización productiva se configura como una forma de organización del proceso de elaboración de bienes y servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o a personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo ¹³⁶. En otras palabras, las funciones externalizadas son desarrolladas por otra empresa a través de diversas fórmulas de cooperación interempresarial, produciéndose de este modo una división del trabajo entre las empresas implicadas en el proceso ¹³⁷.

Entre estas formas de colaboración interempresarial destaca sin duda el recurso a las contrataciones de obras y servicios reguladas en el artículo 42 ET, respecto a las cuales se prevén junto a determinadas garantías de transparencia informativa, garantías derivadas de la extensión del ámbito de responsabilidad de las diversas empresas implicadas en tales procesos ¹³⁸.

Esta extensión de la responsabilidad alcanza, en primer lugar, la obligación del empresario principal de comprobar que los contratistas estén al corriente de pago de las cuotas de Seguridad Social, para lo cual deberá recabar por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, la cual a su vez deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables, de modo que transcurrido este plazo quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante ¹³⁹.

De forma paralela a esta obligación indagatoria, se establece asimismo una responsabilidad solidaria del empresario principal durante el año siguiente a la terminación de su encargo, respecto a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata, salvo las obligaciones referidas a la Seguridad Social, en el caso de que haya transcurrido infructuosamente el plazo de treinta días en el que la Tesorería General de la Seguridad Social debía librar la certificación negativa por descubiertos en la Seguridad Social.

Asimismo, sin perjuicio de lo previsto en los apartados anteriores, el artículo 104 LGSS prevé la extensión al empresario principal de la responsabilidad, en este caso subsidiaria, por el cumplimiento de determinadas obligaciones de Seguridad Social y el artículo 127 del mismo texto legal, prevé que cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, si la correspondiente obra o industria estuviera subcontratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

Expuestas las garantías previstas por el ordenamiento jurídico para las prácticas empresariales de subcontratación debe analizarse a continuación cómo se incardinan las obligaciones derivadas de

los Planes y Fondos de Pensiones en este sistema de responsabilidades. No en vano deben analizarse las posibles responsabilidades del empresario principal frente a los incumplimientos del empresario contratista relacionados con la puesta en marcha o formalización de un Plan de Pensiones, la no inclusión como partícipes del Plan de todos o algunos trabajadores o el impago de la aportación económica a la que esté obligado. De estos incumplimientos se podrán derivar diversas consecuencias según las circunstancias que afecten al partícipe-trabajador del Plan: a) la reclamación de la incorporación al Plan como partícipe de pleno derecho; b) el pago de las aportaciones no realizadas y c) el abono directo por parte del empresario de la prestación que le hubiese correspondido percibir al beneficiario del Plan de Pensiones si dicho empresario hubiera cumplido con las estipulaciones previstas en el Plan.

Esta cuestión, sin embargo, no encuentra una respuesta adecuada en la legislación vigente, lo cual ha propiciado numerosas resoluciones judiciales contradictorias, no tanto en relación con los Planes de Pensiones dado su carácter novedoso, sino fundamentalmente en relación con otras medidas de protección social complementaria.

Como ya hemos expuesto, el artículo 42 ET se limita a establecer que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. Por tanto, la inclusión o no de las responsabilidades derivadas de un Plan de Pensiones dependerá de si las mismas pueden incardinarse o no en las expresiones «obligaciones de naturaleza salarial» u «obligaciones referidas a la Seguridad Social»¹⁴⁰.

a) El posible encaje de las aportaciones empresariales a un Plan de Pensiones en las «obligaciones de naturaleza salarial» del artículo 42.2 ET.

El concepto de salario ha evolucionado en un sentido ampliatorio, abarcando progresivamente nuevas formas de compensación de la prestación laboral, lo cual además ha supuesto la incorporación de nuevas fórmulas en las que la nota de sinalagmaticidad, consustancial y definitoria del salario, aparece difuminada¹⁴¹.

Un factor que permite en gran medida la incorporación de nuevas fórmulas retributivas dentro del concepto de salario es la propia definición legal que se nos ofrece del mismo, y que es sumamente amplia. Así, el artículo 26.1 ET señala que se «considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo (...)».

En el caso de las aportaciones empresariales que se realizan en favor de sus empleados en un Plan de Pensiones del sistema de empleo, el vínculo retribución-trabajo existe, puesto que ninguna persona puede exigir a un sujeto que actúa como promotor la realización de aportaciones a un Plan en su favor si la relación que une a partícipe y promotor no es de naturaleza laboral. A partir de esta apreciación y de acuerdo con la presunción *iuris tantum* de que todo lo que recibe el trabajador del empresario es salario, cualquier calificación de la naturaleza jurídica de esta figura como no salarial ha de pasar necesariamente por la destrucción de esta presunción¹⁴².

Un primer elemento que en este sentido nos puede ayudar a determinar la naturaleza salarial o no de las aportaciones empresariales a los Planes de Pensiones y que viene formulándose por parte de la jurisprudencia consiste en considerar que el salario se concreta en una prestación en metálico o en especie, es decir, en algo tangible y efectivo respecto al patrimonio del trabajador ¹⁴³. En el caso de las aportaciones empresariales nos encontramos ante una prestación económica en favor del trabajador pero que no se incorpora directamente a su patrimonio, por lo que no se produce el correspondiente incremento patrimonial para el mismo. Sin embargo, dichas aportaciones podrían enmarcarse perfectamente dentro del conjunto de percepciones económicas que puede recibir el trabajador en un lapso temporal más amplio que el resto de percepciones que habitualmente recibe como salario.

Un segundo aspecto a tener en cuenta es el hecho de que el salario se configura como una prestación que pasa directamente a formar parte del patrimonio disponible del trabajador ¹⁴⁴ y, sin embargo, las aportaciones a los Planes de Pensiones no se incorporan a dicho patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de Pensiones que será gestionado por un tercero que son las entidades depositarias y gestoras. Sin embargo, lo realmente importante es que el trabajador-partícipe es el que recibe el beneficio de dichas aportaciones, que se concretará en un mayor nivel de protección social en el momento en que se hagan efectivas las situaciones de necesidad previstas en el Plan ¹⁴⁵. Asimismo, la titularidad de dichas aportaciones corresponde desde el mismo momento en que su pago se hace exigible para el promotor a los trabajadores partícipes, sin que la entidad depositaria o la gestora tenga ningún derecho sobre dicho patrimonio, como lo prueba el reconocimiento en determinadas circunstancias, siempre excepcionales, de un derecho de rescate del partícipe de las cantidades integradas en el Fondo ¹⁴⁶.

Un tercer elemento a tener en cuenta es que las aportaciones empresariales a un Plan vienen acompañadas de un cierto elemento de aleatoriedad, ya que, salvo los supuestos de Planes de Pensiones de prestación definida, las aportaciones realizadas a un Plan no comportan el reconocimiento a los beneficiarios de una prestación consistente en una cuantía concreta. De todas formas, la aleatoriedad no es totalmente extraña a aquellas retribuciones que tradicionalmente tienen reconocida una naturaleza salarial, ya que, por ejemplo, es bastante frecuente que a través de normas convencionales se fije la percepción de ciertas cuantías salariales en base a conceptos tales como los beneficios obtenidos por la empresa a lo largo del año, como sería el caso de las pagas extraordinarias de beneficios o más recientemente las *stock options*.

Un cuarto elemento que se propone por la doctrina a efectos de fijar las lindes entre lo que deben ser consideradas retribuciones salariales y extrasalariales se basa en el ámbito subjetivo que abarca la prestación económica. De esta forma se sostiene que sólo si el beneficio se reserva a determinadas categorías de trabajadores o en exclusiva a determinados trabajadores a título personal podría defenderse el carácter salarial de las aportaciones empresariales realizadas a un Plan de Pensiones, ya que se entiende que dicha limitación subjetiva difumina la causa asistencial frente a la finalidad retributiva de cualquier beneficio valuable económicamente ligado al empleo ¹⁴⁷.

En quinto lugar, para proceder a la delimitación del carácter salarial o no de las aportaciones empresariales se podrían acudir también a las normas de cotización para tratar de comprobar el grado

de identidad que mantienen dichas aportaciones con otras percepciones que no generan dudas respecto al reconocimiento de su naturaleza salarial. Sin embargo, los datos que nos pueden ofrecer las normas de cotización no nos aportan demasiada luz a este respecto, ya que el concepto de «salario cotizable» no responde exactamente a los criterios normativos utilizados en el artículo 26.1 ET para determinar aquellas percepciones que son consideradas salario.

Lo mismo sucede si la comparación la realizamos entre la normativa laboral y la normativa fiscal, aunque en este caso la solución resulta más favorable a la consideración de las aportaciones empresariales como salario, ya que estas cantidades quedan englobadas dentro del concepto de rendimientos del trabajo susceptibles de retención de acuerdo con la normativa fiscal, concepto en el cual también quedan incluidas las percepciones que por antonomasia son consideradas salario a efectos laborales ¹⁴⁸.

Finalmente, el análisis de la normativa convencional que incorpora la regulación de los Planes de Pensiones demuestra que la vinculación entre aportaciones y salarios existe y resulta en algunos casos determinante a la hora de fijar las cuantías de los incrementos de las percepciones a recibir por el trabajador. En este sentido, nos podemos encontrar con algunos supuestos en los que se produce la transformación de algunos complementos salariales como la antigüedad en aportaciones para Planes de Pensiones ¹⁴⁹ o también supuestos en los que las aportaciones empresariales a un Plan de Pensiones sustituye parcial o totalmente incrementos salariales, siendo así una contrapartida por la congelación o la ralentización de los incrementos de dichos salarios, práctica que es especialmente utilizada en períodos de crisis económica ¹⁵⁰.

También en el ámbito normativo encontramos algún ejemplo en el que se reconoce, en cierto modo, la existencia de una estrecha relación entre aportaciones empresariales y salario. En esta línea se expresa la Proposición no de Ley sobre los sistemas complementarios de previsión social en desarrollo de la Recomendación 14.ª del Pacto de Toledo ¹⁵¹, la cual si bien no identifica expresamente a las aportaciones empresariales como una forma más de salario, reconoce la existencia de ciertos nexos causales entre ellos.

Estos últimos argumentos nos parecen lo suficientemente relevantes para sostener la naturaleza salarial de las aportaciones empresariales a un Plan de Pensiones. Ahora bien, la propuesta que formulamos tiene que partir de una concepción amplia del salario, es decir, una concepción económica de salario, ya que se ha puesto de manifiesto que las aportaciones empresariales no responden exactamente a los elementos que tradicionalmente caracterizan al salario y, por ello, también somos conscientes de que el reconocimiento de la naturaleza salarial que puede realizarse a dichas aportaciones no puede comportar una identidad en el régimen jurídico previsto para otras percepciones que no generan ningún tipo de duda sobre su naturaleza salarial a efectos laborales.

Se propone la consideración de las aportaciones empresariales a un Plan de Pensiones como salario pero con ciertas restricciones en la aplicación del régimen jurídico laboral previsto para las percepciones salariales. Entendemos que dicha equiparación «parcial» es posible y además conve-

niente, ya que por medio de dicha identidad se daría solución a aspectos del régimen jurídico de los Planes de Pensiones que son problemáticos y que no encuentran en estos momentos una solución satisfactoria.

Uno de los aspectos problemáticos a los que nos referimos sería el referente a las posibles discriminaciones que por razón de sexo se pueden producir en la determinación de las cuantías previstas en los Planes de Pensiones. Este aspecto ha sido abordado por la reforma del artículo 28 ET que al regular el principio de igualdad ha sustituido el término «salario» por el de «retribución», concepto en el que tienen un mejor encaje los Planes y Fondos de Pensiones. Solución acorde con el concepto comunitario utilizado por la jurisprudencia comunitaria que considera como retribuciones todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente por el empresario en razón de su trabajo, entre las cuales se incluyen las aportaciones realizadas por el empresario a los Planes de Pensiones ¹⁵².

En este punto debemos señalar que en algunas sentencias dictadas por nuestros Tribunales, aunque no referidas expresamente a Planes de Pensiones sino a aportaciones empresariales realizadas para la articulación de medidas de protección social diversas, se ha mantenido una postura favorable a la adopción a nivel jurídico interno del concepto de salario aplicable a nivel comunitario y, por tanto, la aceptación de la interpretación dada por la jurisprudencia comunitaria al concepto contenido en el artículo 141 TCE ¹⁵³.

Asimismo, el reconocimiento de las aportaciones como salario sería un elemento importante para el desarrollo de medidas protectoras frente a la insolvencia del empresario u otros mecanismos dirigidos a garantizar la efectividad de las aportaciones como, por ejemplo, las garantías reconocidas a los trabajadores a través del Fondo de Garantía Salarial o las responsabilidades empresariales por obligaciones de naturaleza salarial previstas en el artículo 42 ET. De hecho, la propuesta del reconocimiento de la naturaleza salarial de las aportaciones empresariales se realiza ante la necesidad de incrementar los niveles protectores de dichas aportaciones. Esta finalidad, sin embargo, podría conseguirse igualmente a través de la adopción de medidas legislativas tendentes a asimilar a efectos garantísticos la protección de los derechos patrimoniales de previsión complementaria con los conferidos legalmente al salario ¹⁵⁴.

No nos parece oportuno, sin embargo, extender los efectos jurídico-laborales que acompañan al salario respecto a otros aspectos de la relación del trabajo, como sería el caso de su inclusión para el cálculo de las indemnizaciones por despidos, o a efectos de salarios de tramitación. En este punto, no debemos olvidar que las normas laborales deben moverse cada vez más en términos de flexibilidad, es decir, se debe buscar una «protección flexible». Las normas laborales deben seguir siendo un medio idóneo para la protección del trabajador, pero al mismo tiempo dicha protección no debe impedir el desarrollo de las instituciones jurídicas a las que afectan dichas normas.

El reconocimiento como salario, con todos sus efectos jurídicos, a las aportaciones empresariales realizadas a un Plan de Pensiones, podría producir efectos contraproducentes y perjudiciales

para el desarrollo de esta técnica de protección social privada, ya que ello obligaría al empresario a asumir un importante incremento en los costes económicos que acompañan a la implantación de un Plan de Pensiones que fácilmente podría hacer desistir de su interés por la constitución de una técnica protectora de estas características. Pensemos, por ejemplo, en el coste que podría suponer al empresario tener en cuenta las cantidades aportadas a un Plan en favor de cada uno de sus trabajadores a efectos del cálculo de indemnizaciones por traslados, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o despidos o en el coste que le supondría al empresario a efectos del pago de cuotas por las cotizaciones a la Seguridad Social ¹⁵⁵.

La consideración de las aportaciones empresariales como una percepción a medio camino entre el salario y las medidas previsionales creemos que puede ser una solución capaz de satisfacer los diferentes intereses que se encuentran en juego, ya que por un lado permite a los trabajadores alcanzar un satisfactorio nivel de protección en cuanto a los derechos económicos que se derivan de la formalización de un Plan de Pensiones, al mismo tiempo que dichas garantías no obstaculizan el desarrollo en la implantación de Planes de Pensiones del sistema de empleo, al mantenerse las mismas ventajas económicas para el empresario que se venían reconociendo de considerarse a sus aportaciones percepciones extrasalariales.

La propuesta que estamos comentando parece encontrar un cierto acomodo en alguna sentencia dictada por nuestros Tribunales, que de modo muy puntual parece dejar abierta la posibilidad de incluir entre las percepciones salariales las aportaciones empresariales a un Plan de Pensiones. En este sentido, podemos hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1998, en la cual, con ocasión de la discusión sobre la aplicación o no de los incrementos y revisiones salariales pactadas en Convenio a las aportaciones que debía realizar la empresa a unos Fondos de Pensiones establece que «la naturaleza salarial de estas aportaciones no puede ser afirmada, de manera plena y absoluta, para someterlas al tratamiento genérico de la denominada masa salarial» ¹⁵⁶.

A nuestro parecer, de los términos con los que se expresa esta resolución judicial se desprende que si bien no es posible hablar de las aportaciones empresariales como salario en términos absolutos, lo cierto es que tampoco encontramos un claro rechazo en este pronunciamiento judicial a que dichas aportaciones puedan alcanzar una consideración salarial en determinados aspectos del régimen jurídico del salario, ya que recordemos lo único que señala es que no se puede afirmar de manera plena y absoluta la naturaleza salarial, lo cual, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, ya ha quedado suficientemente argumentado y en ningún caso con la propuesta realizada hemos defendido que deba equipararse totalmente las aportaciones empresariales al salario en términos jurídico-laborales.

A pesar de que como se ha puesto de manifiesto es posible argumentar, no sin dificultades, la naturaleza salarial de las aportaciones empresariales a un Plan de Pensiones y, en consecuencia, su inclusión en el concepto de «obligaciones de naturaleza salarial» del artículo 42 ET, lo cierto es que se trata únicamente de una posibilidad de *lege ferenda*, puesto que la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias se inclinan por el carácter no salarial de estas aportaciones ¹⁵⁷.

b) El posible encaje de las obligaciones derivadas de un Plan de Pensiones en las «obligaciones referidas a la Seguridad Social» del artículo 42.2 ET.

Las dificultades observadas para incluir las obligaciones derivadas de un Plan de Pensiones entre las obligaciones de naturaleza salarial a las que se refiere el artículo 42 ET, han comportado que la doctrina mayoritaria haya contemplado como la única posibilidad de garantizar dichas obligaciones en los supuestos de contratas y subcontratas la incorporación de las aportaciones empresariales a un Plan de Pensiones así como las prestaciones, entre las obligaciones referidas a la Seguridad Social previstas en el artículo 42.2 ET.

En esta dirección se ha considerado que no existen dificultades insoslayables para que dichas obligaciones puedan incluirse en el artículo 42.2 ET dentro del concepto de obligaciones referidas a la Seguridad Social, puesto que dicho precepto no parece exigir que se trate de obligaciones de estricta naturaleza de Seguridad Social, sino que se contempla un concepto mucho más flexible considerando como suficiente que las obligaciones estén referidas a la Seguridad Social, es decir, referenciadas respecto a ésta ¹⁵⁸.

En consecuencia, las obligaciones referidas a la Seguridad Social pueden interpretarse en un sentido amplio, de modo que no únicamente incluya a las expresamente referidas al sistema público de Seguridad Social (pago de cotizaciones, de prestaciones, etcétera), sino también aquellas que, como sucede con los Planes de Pensiones, tienen una relación directa con éstas ¹⁵⁹.

Esta posición fue avalada por la modificación operada en el artículo 42 ET que en su anterior redacción establecía que la responsabilidad solidaria alcanzaba única y exclusivamente a las obligaciones de la empresa contratista frente a la Seguridad Social en sentido estricto, frente a la ya citada redacción actual que contiene la expresión más genérica de «obligaciones referidas a la Seguridad Social». Como puede observarse de la anterior redacción sí podía desprenderse que la responsabilidad únicamente comprendía obligaciones de la empresa auxiliar frente a la propia Seguridad Social, lo cual excluía cualquier tipo de medida de protección social complementaria. La actual redacción, sin embargo, recoge un concepto más amplio de «obligaciones de Seguridad Social» que permite la inclusión de estas otras medidas que se organizan al margen del sistema público de Seguridad Social ¹⁶⁰.

En este punto, sin embargo, debe recordarse que el artículo 1.1 LPFP al hacer mención a los rasgos definidores de los Planes de Pensiones hace mención a la posibilidad de que dicha técnica de protección social pueda realizar una función complementaria o no de las prestaciones de Seguridad Social, lo cual ha llevado a que la doctrina haya distinguido entre los Planes de Pensiones integrativos o de carácter complementario y los Planes de Pensiones independientes. En esta dirección, parece evidente la relación existente entre los primeros y las prestaciones de Seguridad Social, en la medida en que se trata de obligaciones referidas a la Seguridad Social, al estar sus prestaciones referenciadas funcionalmente con las preceptivas del sistema público ¹⁶¹. Y ello, sin que sea necesario forzar la hermenéutica del artículo 42 ET postulando una interpretación analógica del mismo, lo que comportaría algunas objeciones, porque la responsabilidad legal no se presume y excluye o limita el recurso a la interpretación analógica ¹⁶². Más dificultades, sin embargo, comporta la inclusión de los

Planes de Pensiones independientes, puesto que los mismos contemplan prestaciones desconectadas de las prestaciones de Seguridad Social, no concurriendo por tanto la citada exigencia de que se trate de prestaciones referidas a las preceptivas de los regímenes legales de Seguridad Social ¹⁶³.

El diverso tratamiento que reciben los Planes de Pensiones complementarios y los autónomos ha sido objeto de crítica al considerarse que ambos tipos de prestaciones constituyen igualmente medidas de previsión, cuya función económico-social es la misma, es decir, la de proteger determinadas situaciones de necesidad del trabajador destinatario, estén o no conectadas con las prestaciones obligatorias de los regímenes legales de la Seguridad Social ¹⁶⁴.

Asimismo, también se ha criticado que la aplicación de los mandatos del artículo 42.2 ET en sus términos literales a los supuestos de mejoras voluntarias –críticas que pueden hacerse extensibles a los Planes de Pensiones–, lleva a conclusiones absurdas, así si, de acuerdo con el artículo 42.1, la Tesorería emite certificación negativa de descubiertos o no la emite en el plazo reglamentario el empresario principal está exento de responsabilidad, y ello aunque el contratista no haya concertado la póliza de seguros que le imponía el convenio colectivo; mientras que si, además de no tener concertada esta póliza, tampoco ha satisfecho las cuotas de Seguridad Social y así lo certifica la Tesorería, el empresario principal ha de responder solidariamente de aquella omisión. De este modo «desaparece la necesaria relación causa-efecto entre la conducta del comitente y su responsabilidad. Este efecto perverso se produce porque el legislador no pretendió extender la responsabilidad solidaria a estos supuestos que, por otra parte, son difícilmente incardinables en el actual redactado del precepto» ¹⁶⁵.

Esta disfunción en la aplicación de las previsiones del artículo 42 ET cuando las mismas se aplican a la protección social complementaria, sin embargo, no puede prevalecer en perjuicio de una mayor protección de los trabajadores afectados por estas prácticas empresariales, puesto que existen otros mecanismos que igualmente permiten controlar el cumplimiento por las empresas de sus obligaciones en materia de protección social complementaria. Así, por ejemplo, tras la obligatoria externalización de los compromisos por pensiones, una empresa que quiera subcontratar un servicio podrá exigir a la empresa contratista y subcontratista la justificación por parte de la entidad de seguros o financiera correspondiente del cumplimiento de sus deberes en materia de protección social complementaria ¹⁶⁶.

Estas críticas han comportado que esta interpretación que defiende la inclusión de la protección social complementaria –en este caso Planes y Fondos de Pensiones– no sea unánime en el seno de la doctrina, donde se han puesto de manifiesto las dificultades de inclusión de los Planes de Pensiones en el ámbito material de la responsabilidad empresarial del artículo 42.2 ET, considerándose insuficiente el argumento de que dichas obligaciones empresariales se incluyan por el simple hecho de estar referidas a las prestaciones obligatorias de la Seguridad Social y ello porque no debe olvidarse que tales obligaciones encuentran su origen constitutivo en el marco de un acuerdo o convenio colectivo. La característica básica que caracteriza a los Planes de Pensiones es el de la voluntariedad en su origen, exigiéndose la concurrencia de voluntades para su establecimiento, ello debe tenerse en cuenta a la hora de articular la responsabilidad empresarial por estas obligaciones, de tal manera que lo coherente con su propia naturaleza sería considerar que el único responsable de las

mismas es el empresario que asume dichos compromisos, debiéndose excluir cualquier imposición *ex lege* de responsabilidad por tales obligaciones a empresarios –como el que contrata o subcontrata su propia actividad– que no han prestado su consentimiento en la creación de las mismas ni su voluntad de acogerse a ellas ¹⁶⁷.

En esta dirección más restrictiva ¹⁶⁸, parece pronunciarse la jurisprudencia –STS de 19 de mayo de 1998 (Ar. 4730)– que al contemplar un supuesto de subcontratación en el que las empresas subcontratistas estaban en descubierto en la cobertura pactada en los convenios colectivos del sector de una mejora voluntaria sobre las contingencias de invalidez permanente y muerte, concluyó que «el precepto (art. 42 ET) está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social (...), prestaciones nacidas precisamente de esos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con el trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social».

En esta misma dirección, la STS de 16 de septiembre de 1999 (Ar. 7226) ¹⁶⁹, también en relación con las mejoras voluntarias establecidas sobre las prestaciones públicas de Seguridad Social, establece que las mismas recaerán únicamente sobre el empresario contratista o subcontratista, ya que dichas mejoras no se incluyen en el artículo 42 ET. Según el Alto Tribunal, las deudas a las que se refiere dicho precepto se restringen a las que vinculan al empresario con la Seguridad Social y no con los beneficiarios. Se mantiene así una interpretación muy restrictiva de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42.2 ET, ya no en base a la imposibilidad de asimilar la naturaleza jurídica de las mismas con las prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social obligatorio, sino en el argumento más radical del sujeto frente al que el empresario se ve obligado ¹⁷⁰.

Como puede observarse este razonamiento del Tribunal no discute la calificación de las mejoras voluntarias como prestaciones de Seguridad Social, pues parte de una concepción amplia de ésta que incluye a aquéllas, sino que para el Tribunal lo fundamental es que el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con el trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social, de lo que cabe inferir que la finalidad del precepto en lo que respecta a esta materia es garantizar la posición de la propia Seguridad Social frente a empresas contratistas y subcontratistas incumplidoras, más que proteger la posición del trabajador afectado por un proceso de descentralización productiva ¹⁷¹.

A estos argumentos la STS de 16 de septiembre de 1999 añade la autonomía del Derecho de la Seguridad Social frente al Derecho del Trabajo; la necesidad de que el carácter solidario de la responsabilidad se establezca en ley de manera expresa y la inexistencia de extensión de responsabilidad a la Seguridad Social por el recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo ¹⁷².

Estas resoluciones, sin embargo, al excluir del ámbito objetivo del artículo 42.2 ET a las medidas de protección social complementaria –concretamente las mejoras voluntarias– se alejan de la finalidad que se pretende satisfacer a través del régimen jurídico de responsabilidades empresariales previsto en materia de Seguridad Social para los supuestos de contrataciones y subcontratas.

Expuestas las dificultades de encaje de las obligaciones empresariales en materia de protección social complementaria –Planes de Pensiones–, únicamente nos queda la posibilidad de encuadrar dichas obligaciones en el ámbito de aplicación del artículo 127 LGSS. Como ya hemos señalado, el artículo 104 LGSS prevé la extensión al empresario principal de la responsabilidad, en este caso subsidiaria, por el cumplimiento de determinadas obligaciones de Seguridad Social, y el artículo 127 del mismo texto legal prevé que cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, si la correspondiente obra o industria estuviera subcontratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

El artículo 127 LGSS introduce, por tanto, una responsabilidad empresarial legal y subsidiaria a quien ostenta la condición de propietario de la obra o industria contratada del pago directo de prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta y de cotización de Seguridad Social, como se desprende del artículo 126.2 LGSS, al que expresamente remite el artículo 127 LGSS. Como se pone de manifiesto de la simple lectura del precepto, su ámbito objetivo es más restrictivo y cerrado que el artículo 42 ET previamente analizado ¹⁷³.

A partir de estos elementos debe concluirse que la responsabilidad subsidiaria del pago de prestaciones prevista para el artículo 127 LGSS no comprende, desde una perspectiva literal y sistemática, a la responsabilidad por incumplimientos referidos a los Planes de Pensiones, los cuales no presuponen el cumplimiento de las citadas obligaciones instrumentales de carácter jurídico público, es decir, la afiliación, altas y bajas y cotización ¹⁷⁴. En consecuencia, no se puede aplicar a los Planes de Pensiones un sistema de responsabilidad empresarial subsidiaria, prevista en el artículo 127 LGSS, que precisamente se basa en el incumplimiento por parte del contratista de las citadas obligaciones ¹⁷⁵. En definitiva la responsabilidad prevista en el artículo 127 LGSS tiene lugar ante el incumplimiento de obligaciones de naturaleza de Seguridad Social estricta, quedando al margen las medidas de protección social complementaria –Planes de Pensiones–.

Cualquier interpretación que a partir de los elementos expuestos pretendiera incluir a los Planes de Pensiones entre las obligaciones empresariales a la que debe responder subsidiariamente el empresario principal de conformidad con el artículo 127 LGSS iría más allá de una interpretación extensiva o amplia de dicho precepto –lo cual sí podría admitirse respecto al art. 42 ET–, dando lugar a una interpretación analógica difícilmente justificable en el supuesto en el que nos encontramos, especialmente al tratarse de un supuesto de extensión de responsabilidades patrimoniales por el incumplimiento de obligaciones ajenas ¹⁷⁶. Por consiguiente, cualquier interpretación en esta dirección debe partir de la modificación del artículo 127 LGSS para unificar su alcance objetivo con respecto al del artículo 42.2 ET –interpretado a su vez extensivamente, para que incluya los Planes de Pensiones– ¹⁷⁷.

NOTAS

- ¹ El punto de inflexión en estas reformas motivadas por los desequilibrios financieros se sitúa en el año 1985, y los factores determinantes de esa crisis se vinculan a dos procesos paralelos y progresivos de aumento de gastos sociales y disminución de ingresos. Los gastos en pensiones y los gastos sanitarios se disparan a causa del envejecimiento de la población y de la multiplicación de la esperanza de vida, obligando a dedicar un sustancioso porcentaje de los recursos económicos al colectivo de pensionistas. Junto a ello, la universalización y el perfeccionamiento de las prestaciones sanitarias suponen una carga ingente. Por otro lado, el paro masivo reduce el contingente de cotizantes, afectando asimismo de modo muy negativo a la recaudación de cuotas de empresarios y trabajadores. *Vid.*, por todos, DE LA VILLA GIL, L.E.: «Pensiones sociales: problemas y alternativa» en AAVV: *Pensiones sociales. Problemas y Alternativas*. Parte I. Ed. MTAS. Madrid, 1999, pág. 4.
- ² Tal y como señala GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los planes y fondos de pensiones desde la perspectiva laboral». *Temas Laborales*, núm. 14/1989, pág. 91, el éxito de dichas técnicas depende directamente del nivel y de la calidad de la protección dispensada por la Seguridad Social, mayor mientras peor sea esta última.
- ³ MANRIQUE LÓPEZ, F.: «Presente y futuro de la Seguridad Social Complementaria» en AAVV: *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*. Ed. MTAS. Madrid, 1997, pág. 206, considera que la expansión generalizada de las medidas de protección social complementarias no se producirá hasta que no se produzca un descenso correlativo de la presión contributiva que se corresponda con la reducción de la intensidad de la protección ofrecida por el sistema de la Seguridad Social.
- ⁴ Los términos con los que se hace referencia a los sistemas complementarios en la Recomendación Decimocuarta del Pacto de Toledo ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, al considerar que por medio de la misma se ha realizado una lectura privatista del artículo 41 CE, renunciando a la articulación de medidas de protección complementaria dentro del sistema de la Seguridad Social. *Vid.*, en este sentido, BLASCO LAHOZ, J.F.: *La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, pág. 84, y MONEREO PÉREZ, J.L.: «El sistema de pensiones: entre Estado y mercado». *Documentación Laboral*, núm. 48/1996, págs. 29 y 32.
- ⁵ BOE de 13 de diciembre de 2002.
- ⁶ El carácter relativamente reciente de la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones no nos debe llevar a pensar tal y como parece desprenderse de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley que nos encontramos ante una absoluta novedad en materia de modalidades de ahorro, ya que existen antecedentes de este sistema de ahorro y que se venía realizando por entidades financieras con anterioridad a la aprobación de la citada ley (planes de jubilación), lo que sí es cierto es que la normativa de 1987 va a suponer la regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley, llevando a cabo la ordenación de una materia que hasta ese momento carecía de una cierta sistemática y concreción.
- ⁷ Para muchos autores, el desarrollo definitivo de una previsión de carácter privado supone completar un sistema de protección social basado en tres escalones o niveles de protección: un primer nivel se concreta en un régimen legal obligatorio que proporciona a todos los ciudadanos o a la mayoría de la población un ingreso de reemplazo a partir del momento en que se produce la inactividad (en algunos países la legislación prevé un sistema dual en el que un primer sistema garantiza una pensión modesta de carácter universal o casi universal y en el otro se proporciona un elemento adicional de pensión a los colectivos de asalariados y trabajadores por cuenta propia), un segundo nivel estaría formado por regímenes complementarios y no obligatorios que completan el régimen obligatorio y tienen por objeto garantizar un ingreso complementario a determinados grupos de asalariados y en un tercer nivel se encontraría una zona «libre» en la que el individuo se encarga de asegurarse ingresos supletorios mediante el ahorro personal y disposiciones convenientes con seguros privados. *Vid.*, por todos, TAMBURI, G. y MOUTON N.P.: «El precario deslinde de regímenes privados y regímenes públicos de pensiones». *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 105, núm. 2/1986, págs. 148 y 149.
- ⁸ De acuerdo con los últimos informes estadísticos que son publicados trimestralmente por la Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones (INVERCO), a 31 de diciembre de 2002, el volumen de activos de los Fondos de Pensiones en España alcanzaba los 48.111 millones de euros (8 billones de pesetas), lo que supone un incremento del 9,77% durante los últimos doce meses, contando con un total de 6.529.308 partícipes frente a los 5.827.940 partícipes del año 2001, suponiendo todo ello un incremento del 12,03%. Dentro de estos datos globales, hay que señalar que los activos correspondientes a los fondos provenientes de los Planes de Pensiones del sistema individual alcanzan una cifra de 26.231 millones de euros (4,36 billones de pesetas), lo que supone un crecimiento del 8,33% en los últimos doce meses y el número de cuentas de partícipes asciende a 5.827.514, lo que supone un incremento interanual del 12,76%, por lo que respecta a los fondos vinculados a los Planes de Pensiones del sistema de

empleo los activos alcanzaron un volumen de 21.155 millones de euros (3,52 billones de pesetas), con un incremento del 12,31% en relación a diciembre del año anterior y el número de cuentas de partícipes ha alcanzado las 614.176, con un incremento interanual del 8,34%, finalmente los fondos vinculados a un Plan de Pensiones del sistema asociado alcanzan un activo de 724 millones de euros (0,12 billones de pesetas) y el número de cuentas de partícipes correspondiente a este sistema es de 87.618. Vid. www.inverco.es

A este respecto, también resulta interesante señalar el importante desarrollo que han tenido los Planes de Pensiones, ya que se ha pasado de un total de 57 Planes de Pensiones en 1989 (56 de sistema individual y 1 de sistema asociado) a 1.590 en 1999 (452 de sistema individual, 977 de sistema de empleo y 161 de sistema asociado) y de 317.777 partícipes en 1989 (todos ellos en el sistema individual) a 3.753.253 en 1999 (de los que 3.326.301 corresponden a partícipes de Planes de Pensiones de sistema individual, 349.581 son partícipes de Planes de sistema de empleo y 77.371 corresponden a partícipes de Planes de sistema asociado). Vid. FONT DE MORA SAINZ, P.; PALOMO ZURDO, R.J.; ARIAS GONZÁLEZ, A. y REY PAREDES, V.: *Planes de Pensiones y exteriorización de compromisos empresariales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, págs. 55 a 58. Este incremento en la constitución de Planes de Pensiones se sigue manteniendo, y según los últimos datos ofrecidos por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones a 31 de diciembre de 2001, el número total de Planes de Pensiones constituidos asciende a 2.450 frente a los 2.123 del año 2000, de los cuales 1.485 corresponden a la modalidad de sistema de empleo, 228 a la modalidad de sistema asociado y 737 a la modalidad de sistema individual. Todo ello supone un incremento del 13,35% del número de Planes constituidos, y un año más, y como consecuencia del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones son los Planes de Pensiones del sistema de empleo los que muestran un mayor crecimiento, un 17,11%, frente a los Planes individuales y asociados, que crecieron un 14,80% y un 7,04% respectivamente. Vid. www.dgseguros.mineco.es

- 9 Tampoco hay que olvidar que en la medida en que se utilizan los Planes de Pensiones del sistema de empleo para la ordenación de la prejubilación de los trabajadores ello también incide de manera importante en la cuantía de la pensión pública de jubilación, puesto que la jubilación anticipada implica necesariamente una reducción en la pensión de jubilación a recibir y, por tanto, los costes de estas pensiones para la Seguridad Social se ven notablemente reducidos.
- 10 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996, pág. 135.
- 11 En este sentido, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la anterior LPFP (Ley 8/1987) se califica a los Planes de Pensiones de «Instrumentos de previsión voluntaria» o el artículo 1.2 LPFP señala que los Planes de Pensiones son «constituidos voluntariamente» o el nuevo artículo 4.1 a) *in fine* LPFP, que a pesar de reconocer la posibilidad de que un convenio colectivo establezca la incorporación de los trabajadores directamente a un Plan de Pensiones, también prevé el establecimiento de un plazo para que aquellos trabajadores que no quieran adherirse puedan comunicarlo al órgano competente, previsión a la que se vuelve a hacer referencia en el 9.4 LPFP al regular el procedimiento de aprobación del Plan de Pensiones.
- 12 Vid., en este sentido, entre otros, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: «El papel de los planes y fondos de pensiones en el sistema de previsión social». *Actualidad Laboral*, núm. 25/1999, pág. 484; CHARRO VALLS, J.M.: «Aspectos jurídicos e institucionales de los Planes y Fondos de Pensiones». *Actualidad Laboral*, núm. 21/1993, pág. 394; GARCÍA BECEDAS, G.: «La Seguridad Social complementaria en España» en AAVV: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, pág. 41; MATEU ROS CEREZO, R.: «Planes y Fondos de Pensiones: Régimen Jurídico Social (I)». *Actualidad Laboral*, núm. 40/1988, pág. 2334; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado...*, *op. cit.* pág. 135; SÁNCHEZ CALERO, F.: «Delimitación y notas características de los planes de pensiones» en AAVV: *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*. Ed. Editorial Española de Seguros. Madrid, 1989, pág. 17.
- 13 Cfr. artículos 1.1 y 8.6 LPFP y artículos 1.1 y 16 RFPF.
- 14 El carácter privado de los Planes de Pensiones será también recogido en los mismos términos que en la LPFP en el artículo 1.2 del Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.
- 15 Estos mismos elementos son utilizados por la doctrina para fundamentar la naturaleza privada de otras técnicas de protección. En este sentido *vid.*, por ejemplo, GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999, pág. 37.
Por su parte, GARCÍA MURCIA, J.: «El espacio de las pensiones privadas» en AAVV: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*. Parte II. Ed. MTAS. Madrid, 1999, pág. 163, al hacer referencia a la delimitación de la naturaleza privada de las pensiones, considera que el elemento que verdaderamente resulta relevante para poder identificar la naturaleza pública o privada de una pensión es el origen y grado de la financiación de la misma, de tal forma que por pensión privada habrá de entenderse aquella que se sufraga en su totalidad con fondos o aportaciones de carácter privado.

- 16 Hubo un intento de introducir un régimen de responsabilidades públicas en esta materia durante los debates parlamentarios del Proyecto de Ley de Planes y Fondos de Pensiones, al presentarse una enmienda al texto inicial del Proyecto de Ley, por medio de la cual se pretendía establecer una responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado en caso de incumplimiento de sus prestaciones por un Fondo de Pensiones. Sin embargo, esta enmienda fue rechazada quedando de esta forma la Administración liberada de cualquier tipo de responsabilidad en el ámbito de los Planes de Pensiones.
- 17 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado...*, *op. cit.* pág. 153.
- 18 *Vid.* también, Exposición de Motivos de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE de 9 de junio de 1987). Párrafo 3.º y artículo 1.2 del Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (BOE de 2 de noviembre de 1988).
- 19 Tal y como señala MONEREO PÉREZ, J.L.: «Notas sobre la caracterización jurídica de los planes de pensiones». *Temas Laborales*, núm. 16/1989, pág. 83, el reconocimiento del carácter no sustitutivo y la consideración de que la participación en un sistema de protección social privado entraña la exención de la afiliación a los regímenes públicos, está en la línea de la Recomendación núm. 204 del Informe «La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000» elaborado en 1984 por la OIT.
Esta idea es reiterada por el mismo autor en *Público y privado...*, *op. cit.*, pág. 148.
- 20 A este respecto la doctrina se ha mostrado favorable a una interpretación amplia del concepto de promotor. *Vid.*, por ejemplo, en este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los planes y fondos...», *op. cit.*, pág. 94 y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones del sistema de empleo: la incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, pág. 22.
- 21 *Vid.* párrafo segundo del apartado XIII del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del sistema de protección social.
- 22 Sobre las ventajas que supone la implantación de Planes de Pensiones supraempresariales ya se pronunciaba MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.* pág. 29, con ocasión de la incorporación de la figura de los Planes de promoción conjunta tras la aprobación de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado.
- 23 En opinión de TIRADO SUÁREZ, F.J.: «Posición jurídica de promotores, partícipes y beneficiarios» en AAVV: *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*. Ed. Editorial Española de Seguros. Madrid, 1989, pág. 97, el deber de realizar aportaciones a un Plan de Pensiones por parte del promotor se limita a la modalidad del sistema de empleo para evitar que los Planes del sistema asociado o del sistema individual cumplan la función económico-social de aquél.
No obstante lo que acabamos de decir, algunos autores consideran que a partir de lo previsto en el inciso segundo del artículo 15.3 RFPF que señala que «podrán admitirse incrementos patrimoniales a título gratuito obtenidos por un Plan de Pensiones de forma directa o a través de un Fondo de Pensiones, siempre que el importe total se impute financieramente entre los partícipes del Plan y éstos tributen según lo establecido en el número 2 del artículo 63 del presente Reglamento», es posible admitir otras vías de financiación y que el artículo 15 lo que pretende es regular las aportaciones de los promotores en los Planes asociados o individuales o las aportaciones de terceros a título gratuito (herencias o donaciones a Fondos de Pensiones). *Vid.* MORENO ROYES, F.; SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los Planes y Fondos de Pensiones. Comentarios al reglamento*. Ed. CDN. Madrid, 1988, págs. 81 y 82.
- 24 GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Planes y Fondos de Pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico». *Relaciones Laborales*, vol. I/1992, pág. 496, afirma que si el Plan del sistema de empleo se promueve por la empresa en beneficio de sus empleados, las aportaciones de ésta son inevitables si se quiere seguir hablando de un Plan de este tipo. Si por el contrario se aceptara que la empresa promotora puede no estar obligada a realizar tales aportaciones al Plan, más que ante un Plan de Pensiones del sistema de empleo se estaría ante un Plan asimilable a los del sistema asociado; no previstos sin embargo, según el artículo 4.1 b) LPFP, para los empleados de la empresa promotora, sino para asociados o miembros de «cualquier asociación, sindicato, gremio o colectivo».
- 25 *Ibid.*, págs. 496 y 497.
- 26 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.*, pág. 30; ROMERO BURILLO, A.M.: *Los Planes de Pensiones del sistema de empleo*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2002, pág. 313 y TIRADO SUÁREZ, F.: «Posición jurídica de los promotores...», *op. cit.*, pág. 109.
- 27 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.*, pág. 30.
- 28 *Cfr.* artículo 8.6 LPFP.
- 29 Inicialmente no estaba previsto que la ordenación de las situaciones protegibles a través de un Plan de Pensiones fuera así, ya que en el Proyecto para la regulación de los fondos de pensiones presentado en el Congreso de los Diputados en 1986 se proponía que el artículo 8 LPFP fuera una lista abierta, de tal forma que aparte de las situaciones de jubilación,

- incapacidad y muerte, se dejaba la posibilidad a que a través del acuerdo entre las partes participantes se introdujeran otras situaciones que se consideraran convenientes. Concretamente, el artículo 8.5 del Proyecto de Ley sobre regulación de los fondos de pensiones establecía lo siguiente: «De acuerdo con lo previsto en cada Plan de Pensiones, las prestaciones podrán ser: a) prestación en forma de capital; b) prestación en forma de renta, temporal o vitalicia a partir del tiempo de jubilación del partícipe; c) pensión por invalidez laboral permanente total para todo trabajo o para profesión habitual; d) viudedad; e) orfandad; f) otras prestaciones complementarias que el Plan de Pensiones establezca. Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. III Legislatura. Serie A. Núm. 7-1, pág. 4. Será como consecuencia de los debates parlamentarios desarrollados con motivo del proceso de aprobación de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones cuando se decidirá, finalmente, que la enumeración de las situaciones a proteger debía ser una enumeración cerrada, ya que se entendió que la inclusión de una cláusula abierta en los términos en que se establecía en el Proyecto de Ley era confusa y podía dar lugar a dudosas interpretaciones y, en consecuencia, a actividades no acordes con el sistema de capitalización, principio básico de los Planes de Pensiones. En este sentido se expresó, por ejemplo, el Grupo Parlamentario de Minoría Catalana para justificar la Enmienda núm. 141 y que proponía la eliminación del apartado f) del artículo 8.5 del Proyecto de Ley. Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. III Legislatura. Serie A. Núm. 7-1, pág. 60.
- 30 nueva redacción del artículo 6.3, párrafo 2.º LFPF incorporada tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2002.
- 31 Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado...*, op. cit. pág. 267 y ss.
- 32 Para un estudio del papel que juega la negociación colectiva en el marco de la protección social complementaria vid., entre otros, CASAS BAAMONDE, M.E.: *Autonomía colectiva y seguridad social*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda. Madrid, 1977; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: «Las mejoras voluntarias de protección social: naturaleza y régimen jurídico». *Temas Laborales*, núm. 36/1995; GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico...*, op. cit.; GALLARDO MOYA, R.: «Las mejoras complementarias del sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva». *Relaciones Laborales*, vol. II/1991; GARCÍA BECEDAS, G.: «La Seguridad Social complementaria...», op. cit., vid. también las comunicaciones presentadas a la ponencia del profesor García Becedas; MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*. Ed. Instituto García Oviedo. Sevilla, 1970; REGA RODRÍGUEZ, A.L.: «Las mejoras voluntarias pactadas en los convenios colectivos» en *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas*. Parte II. Ed. MTAS. Madrid, 1999; ROMERO BURILLO, A.M.: «La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada o libre» en *Pensiones Sociales...*, op. cit. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- 33 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones...*, op. cit., pág. 93.
- 34 Esta necesidad es apreciada con carácter general al analizar cualquiera de las nuevas formas de organización empresarial, así a título de ejemplo, Vid. RIVERO LAMAS, J. «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo», en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*. Ed. MTAS. Madrid, 2000, pág. 29.
- 35 En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: «Outsourcing y relaciones laborales», en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ed. MTAS, Madrid, 2000, pág. 256, nos indica que si bien es cierto que se trata casi siempre de cambios de carácter cuantitativo, por lo que no dejan de llevar razón quienes estiman que a cualquiera de los elementos novedosos puede encontrarse antecedentes materiales en el sistema de relaciones laborales precedente, por lo que resulta discutible siempre el grado de innovación introducido, sin embargo, a juicio del autor, resulta de mayor peso la circunstancia de que lo cuantitativo en esta materia alcanza tal intensidad que transforma significativa y cualitativamente el modelo, pues convierte en generalizado lo que hasta el presente era singular o excepcional, eleva a la condición de estructural lo que se estimaba hasta ahora como mecanismo de naturaleza coyuntural, y, en definitiva, permite su materialización bajo modalidades que hasta el presente resultaban de imposible puesta en práctica.
- 36 ROMAGNOLI, H.: «Globalización y Derecho del Trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 5/1999, pág. 11, pone de manifiesto esta sensación de que el Derecho siempre va detrás de la realidad social, económica en este caso, a través de una figura muy expresiva, indicando que «desde Hegel hasta aquí se sabe que los juristas son como los murciélagos; y los murciélagos son animales nocturnos que se despiertan por la noche, cosa de especie (...). En efecto, si se exceptúan raras figuras de juristas que, más bien son políticos prestados al derecho, la ciencia jurídica llega siempre con retraso».
- 37 Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Política, globalización y condiciones de trabajo». *Relaciones Laborales*, núm. 11/2000, pág. 9.

- 38 En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho nuevo de los grupos de empresa. Entre libertad y norma*. Ed. Ibi- dem, Madrid, 1997, pág. 90, indica que el estudio de los grupos de empresas no puede reducirse a la distinción entre grupos buenos y grupos malos, debiéndose pasar de las técnicas prohibitivas o sancionadoras a las técnicas permisivas, flexibles, pero compensadas con garantías para los restantes intereses implicados en la organización empresarial y que tienen más riesgos con la forma de grupo.
- 39 Vid. STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 1997 (AS 3928).
- 40 Vid. STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 1996 (AS. 3975).
- 41 No en vano, la propia dinámica de la sociedad moderna, caracterizada por su complejidad y movida por una estimulante competitividad ha creado, entre otras muchas figuras jurídicas, los denominados grupos de empresas, con notables incidencias en varias ramas jurídicas: civil, mercantil, laboral, tributario, etcétera [STSJ de Andalucía (Málaga) de 4 de diciembre de 1998 (AS 4741)].
- 42 Esta compatibilidad entre las aparentes exigencias contradictorias de la economía moderna se ha puesto de manifiesto en MONEREO PÉREZ, J.L.: «Grupos de empresa y subcontratación», en BAYLOS, A. y COLLADO, L. (Eds.): *Grupos de empresa y Derecho del Trabajo*. Ed. Trotta, Madrid, 1994, pág. 241.
- 43 FARIÑAS, J.C. y JAUMANDREU, J.: «Fusiones entre empresas: hechos, efectos e interrogantes», *Economistas*, núm. 82/1999, pág. 32, a partir de los informes anuales sobre la política de competencia en la Unión Europea, nos indican en este sentido que el número de operaciones de concentración con presencia de empresas europeas inicia una tendencia ascendente durante la década de los 80; entre los años 1987-1990 el proceso se acelera sensiblemente, disminuye algo su magnitud durante la primera mitad de los 90 y vuelve a manifestarse de forma muy intensa a partir de 1997, alcanzando probablemente su máximo histórico a finales del siglo XX.
- 44 MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO, J.: *Manual de Fusiones y adquisiciones de empresas*. Ed. McGraw-Hill. Madrid, 1993, pág. 254.
- 45 Clasificación elaborada por McCAAN, J. y GILKEY, R.: *Fusiones y adquisiciones de empresas*. Ed. Díaz Santos, S.A. Madrid, 1990, pág. 4.
- 46 Aunque no puede abordarse esta materia por alejarse del objeto de este trabajo, sí que debe tenerse en cuenta que pueden identificarse los siguientes tipos de fusión: fusión por creación, que tiene lugar cuando se crea una nueva sociedad a partir de dos o más existentes, que desaparecen, al traspasar sus respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que surge; fusión por absorción que tiene lugar cuando una empresa integra el patrimonio de otra u otras sociedades que se extinguen o desaparecen jurídicamente. Asimismo, la escisión-fusión por creación y la escisión-absorción suponen idénticos procedimientos a los señalados precedentemente, con el añadido de que una de las partes fusionadas o absorbidas procede de una sociedad que previamente se ha escindido en dos o más partes, alguna de las cuales, o todas ellas, pasan a integrarse por uno de los procedimientos señalados.
- 47 En consecuencia, podemos distinguir entre aquellos instrumentos de concentración que conllevan la reducción/eliminación de la complejidad subjetiva del complejo económico (fusión), de aquellos que favorecen la aparición de empresas plurisubjetivas (tomas de control). En este sentido, SENRA BIEDMA, R.: «Grupos de empresas y Derecho del Trabajo. Análisis introductorio de la técnica jurídica de atribución de la condición de sujeto patronal», en BAYLOS, A. y COLLADO, L.: *Grupos de empresas...*, *op. cit.*, págs. 166 y 167, pone de manifiesto que mientras que en la fusión de empresas la concentración de capitales coincide con la concentración de la personalidad jurídica en un solo titular, por el contrario, en el caso de los grupos de empresas, entendidos como grupos de empresarios, el proceso de concentración económica, aunque igualmente supone un proceso de concentración de la capacidad decisoria, va acompañado de una diversificación formal de la titularidad, justificada a menudo en razones de flexibilidad operativa en el mercado, pero utilizada en muchas ocasiones como mecanismo defraudatorio de limitación de responsabilidades laborales individuales y colectivas.
- 48 Vid. EMBID IRUJO, J.M.: «Notas sobre los grupos de sociedades y su régimen jurídico» en CAMPS RUIZ, L.M.: *Aspectos laborales de los grupos de empresa*. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 126.
- 49 Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: «Los problemas generales planteados por los grupos con especial referencia al Derecho Mercantil» en AAVV: *Jornadas sobre grupos de sociedades. Su adaptación a la normas de las Comunidades Europeas*. Ed. CEOE-Universidad de Alcalá de Henares. Facultad de Derecho. Madrid, 1987, pág. 20.
- 50 Al igual que sucedía con la globalización, puede identificarse una cultura de la flexibilidad, en virtud de la cual todos los problemas pueden solventarse a través de la adopción de medidas flexibilizadoras. Vid. ROJO TORRECILLA, E.: «La cultura de la flexibilidad». *Crónica de Información Laboral*, núm. 32/1984. PÉREZ AMORÓS, F.: «El circuito de la flexibilidad laboral». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 14/1989,

- págs. 85 y 86, ha puesto de manifiesto que el uso reiterado del recurso a la flexibilidad, sin precisar su significado y contenido ha dado lugar a una lógica confusión, cuando no a una utilización ideológica del mismo. Por ello, frente a esta utilización incontrolada de la flexibilidad, no faltan voces que ponen de manifiesto los peligros de una falsa concepción de la flexibilidad, *Vid.* SUPLOT, A. (Coord.): *Trabajo y empleo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 272 y 273.
- 51 MARTÍN ARTILES, A.: *Flexibilidad y relaciones laborales*. Ed. CES, Madrid, 1995, págs. 85 y 86.
- 52 En este sentido, se ha puesto de manifiesto por CASAS BAAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU, A.: «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español». *Relaciones Laborales*, vol II/1987, pág. 17, que la flexibilidad ha actuado como camino de degradación progresiva de la estabilidad en el empleo. En semejantes términos, MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La contratación temporal en el ordenamiento laboral español como instrumento flexibilizador del mercado de trabajo». *Actualidad Laboral*, núm. 2/1990, pág. 13, distingue entre flexibilidad que persigue la adaptación que debilita las rigideces que dificultan la utilización de la fuerza de trabajo, de la desregulación que supone una desprotección de los trabajadores. Esta actitud expectante, sin embargo, no debe entenderse como una actitud contraria a dichos procesos por considerarlos en todo caso patológicos, sino, precisamente, por considerarse que existen aspectos fisiológicos y patológicos en los mismos, debe analizarse en cada supuesto qué elementos prevalecen. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*. Ed. Ibídem, Madrid, 1994, pág. 29. *Vid.* en estos términos, RIVERO LAMAS, J.: «La flexibilidad de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo». *Documentación Laboral*, núm. 56/1998, págs. 19 a 76.
- 53 Este concepto se puede deducir del concepto amplio de flexibilidad que se encuentra en el Informe del Grupo de Expertos de la OCDE, núm. 27, 1986, que define la flexibilidad como la capacidad de los individuos, en la vida económica y en particular en el mercado de trabajo, para renunciar a sus hábitos y adaptarse a circunstancias nuevas.
- 54 MARTÍN ARTILES, A.: *Flexibilidad...*, *op. cit.*, pág. 86, pone de manifiesto que el concepto de flexibilidad se refiere al conjunto de medidas puestas en práctica por una organización productiva para controlar las incertidumbres y las fluctuaciones a las que se enfrenta en los mercados.
- 55 *Ibíd.* pág. 86.
- 56 SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», en VVAA: *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Alonso Olea*. Ed. MTSS. Madrid, 1990, pág. 267, distingue cinco grandes áreas de la flexibilidad laboral: salarios, distribución del tiempo de trabajo, trabajo a tiempo parcial en empresas de trabajo temporal y trabajo temporal.
- 57 ATKINSON, J.: «Flexibilidad del empleo en los mercados internos y externos del trabajo», en FINKEL, L.: *La organización social del trabajo*. Ed. Pirámide, Madrid, 1994; MARTÍN ARTILES, A.: *Flexibilidad...*, *op. cit.*, pág. 86.
- 58 ALONSO, L.E.: *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*. Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 32, identifica entre estas causas de esta nueva etapa la crisis del taylorismo, en sus más variadas facetas sociales, técnicas o económicas y la inestabilidad de los mercados propia de una situación de reestructuración profunda de las capacidades productivas del sistema.
- 59 En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: «Notas sobre el régimen contractual laboral en los grupos de empresas». *Temas Laborales*, núm. 6/1996, pág. 4, pone de manifiesto que estas nuevas formas de organización empresarial y, en particular los grupos de empresa, encuentran sus raíces en el fuerte crecimiento de las dimensiones de los grandes entes económicos, industriales y de servicios, que a un determinado nivel se ven imposibilitados de continuar funcionando como un solo órgano unitario, so pena de morir como «gran mamut». De acuerdo con este autor, dentro de un modelo predominante de economía sometida a constantes e intensas turbulencias comerciales, productivas, técnicas y organizativas, la supervivencia de los grandes grupos empresariales únicamente puede hacerse viable en la medida en que se estructuren en base a criterios de flexibilidad y de ductilidad. Idéntica postura se mantiene por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Filialización. Grupos de Empresas» en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ed. MTAS. Madrid, 2000, pág. 631, al poner de relieve que el objetivo de estos procesos es claro, se trata de combatir la elephantitis, de salvar las ineficiencias derivadas de estructuras empresariales burocratizadas y de dotar a la empresa de la vitalidad necesaria para adaptarse a los cambios del mercado y mejorar permanentemente sus niveles de competitividad.
- 60 MARTÍN ARTILES, A.: *Flexibilidad...*, *op. cit.*, pág. 86. En la misma dirección, CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1998, pág. 181, pone de manifiesto que estas transformaciones pretenden hacer frente a la incertidumbre causada por unas rápidas mutaciones en el entorno económico, institucional y tecnológico de las empresas, para lo que era preciso introducir más flexibilidad en la producción, gestión y comercialización.

- 61 ALONSO, L.E.: *Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 32, nos indica que, en este contexto, los principios del taylorismo –parcelación, especialización e intensificación del trabajo en producciones de grandes series– se sustituyen, progresivamente, por dos nuevos objetivos centrales: la integración y la flexibilidad de las líneas de producción.
- 62 Además, la partición de la cadena de valor en muchos procesos productivos, permite desglosar esos procesos para distribuirlos territorialmente según las especialidades de cada segmento, así, por ejemplo, actividades con fases de producción intensivas en mano de obra pueden deslocalizarse a países con costes laborales bajos, *Vid.* TUGORES, J.: «Los retos de la mundialización». *Revista de Estudios Económicos*, núm. 4/1999, pág. 47.
- 63 *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1994, pág. 14 y ss.
- 64 Respecto a este doble tipo de rigideces técnico-productivas y de gestión de personal, *Vid.* CASTILLO, J.J.: *Las nuevas formas de organización del trabajo*. Ed. MTSS. Madrid, 1988.
- 65 *Cfr.* MARTÍN ARTILES, A.: *Flexibilidad...*, *op. cit.*, pág. 24.
- 66 MONEREO PÉREZ, J.L.: «Grupos de Empresas y subcontratación...», *op. cit.*, pág. 239; MARTÍN ARTILES, A.: *Flexibilidad...*, *op. cit.*, pág. 17; INFORME DE LA OCDE: «La flexibilidad del mercado de trabajo. Nuevas tendencias en la empresa», en OCDE: *Políticas de mercado de los noventa*, Madrid, 1991, pág. 265 y ss.
- 67 Sobre la expresión descentralización productiva y su relación con la expresión *outsourcing*, *vid.* RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización productiva...», *op. cit.*, págs. 23 a 25; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral». *Relaciones Laborales*, núm. 20/1999, págs. 10 a 14.
- 68 *Cfr.* CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva...», *op. cit.*, págs. 8 y 9. Éste es el concepto unánimemente utilizado por la doctrina, *vid.* en parecidos términos, RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización...» *op. cit.*, pág. 23; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El Derecho del Trabajo a fin de siglo». *Relaciones Laborales*, núm. 24/1999, pág. 3; BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización productiva», en AAVV: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 20.
Un concepto de carácter más económico lo encontramos en CASANI, F.; LUQUE, M.A.; RODRÍGUEZ y SORIA, P.: «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa». *Relaciones Laborales*, vol. II/1988, págs. 1.181 a 1.204, que añaden, al concepto ya expuesto, que las fases o actividades contratadas con proveedores externos son las no consideradas competencias básicas (competencias nucleares o *core competences*). En parecidos términos DE CARLOS BELTRÁN, J.M.: «El *outsourcing* como técnica de gestión alternativa y su regulación contractual». *Revista de los Negocios*, 1998, pág. 9.
- 69 En particular, estas características permiten diferenciar la descentralización externa de la descentralización interna, caracterizándose esta última por tener lugar a través de los medios y con los propios trabajadores de la empresa, descentralizando funciones y atribuyendo a sus propias unidades de gestión un mayor grado de iniciativa y de capacidad de autoorganización, *Vid.* RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización...» *op. cit.*, pág. 23.
- 70 En consecuencia, se ha puesto de relieve por CRUZ VILLALÓN, J.: «La descentralización...», *op. cit.*, pág. 9, que la división del trabajo que en el modelo centralizado de producción se llevaba a cabo en el interior de la empresa, en el caso de la descentralización se produce una división del trabajo intraempresarial en lugar de interempresarial, si bien, existen supuestos que se encuentran a medio camino entre la descentralización productiva interna y externa, como sucede, por ejemplo, con los grupos de empresas.
Con terminología distinta, pero con parecidos contenidos, CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización...», *op. cit.*, pág. 11, distingue entre «subcontratación dependiente», que se organiza a través de una gran empresa dominante que actúa como «epicentro», procediendo ésta a desgajar parcelas muy delimitadas de la producción a pequeñas empresas auxiliares que en la generalidad de los casos desarrollan su actividad económica en exclusiva para la empresa principal; y «redes empresariales locales», que se caracterizan por la presencia de una pluralidad de empresas de potencial y dimensiones asimiladas que establecen relaciones de cooperación.
- 71 *Cfr.* RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El Derecho del Trabajo...», *op. cit.*, pág. 3. En una imagen muy plástica, PETERS, T.: *Reinventando la excelencia*, Barcelona, 1993, pág. 618, al describir estos fenómenos indica que «se descentraliza, luego se descentraliza y luego se hace otra vez». Esta imagen recuerda a las muñecas rusas, en las cuales partiendo de una única muñeca se obtienen de su interior otras y, viceversa, pese a existir diversas muñecas, al final todas ellas se reducen a una sola.
- 72 CASTILLO, J.J.: *El trabajo del sociólogo*, Madrid, 1994, pág. 281.
- 73 *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización...», *op. cit.*, pág. 12.

- 74 En este sentido, RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización...», *op. cit.*, pág. 28, a pesar de poner de manifiesto en un primer momento que el proyecto empresarial está hoy representado por una red, y no por las empresas concretas o grupos de empresas, pone de relieve que estos procesos pueden ir acompañados de la creación de grupos de empresas. En el mismo sentido, BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 94/1999, pág. 166, indica que los fenómenos de subcontratación y, más ampliamente, del *outsourcing*, constituyen, en muchos casos, la fórmula más fácil para convertir, aprovechando las lagunas del ordenamiento jurídico, una empresa en un grupo de empresas horizontal, descentralizando sólo el riesgo pero conservando en el fondo el control de toda la actividad productiva, aun cuando para ello sea necesario acudir a modelos de colaboración forzosa (acciones de mejora interna, reingeniería, filiación interna e incluso procesos de *insourcing* o, al menos, de alianzas, ya sean puramente estratégicas, ya de filiación de socios externos).
- 75 Vid. MORENO GENÉ, J.: «Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filialización», en AAVV: *Descentralización productiva... op. cit.*, pág. 708.
- 76 BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico...», *op. cit.*, pág. 41. En el mismo sentido, BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la descentralización productiva...», *op. cit.*, pág. 167; CASANI, F.; LUQUE, M.ª A.; RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P.: «El *outsourcing*...», *op. cit.*, pág. 52, diferencian entre *outsourcing* operativo o táctico y *outsourcing* estratégico.
- 77 Vid. RUBALCABA BERMEJO, L.: «Servicios a empresas: marco analítico, magnitud y evolución reciente en Europa». *Economía Industrial*, núm. 313, 1997/1, pág. 33 y SOY, A.: «Servicios a las empresas y desarrollo regional y urbano: el caso de Cataluña». *Economía Industrial*, núm. 313, 1997/I, pág. 107.
- 78 La existencia de estas motivaciones económicas expuestas ha sido incluso recogida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de mayo de 1999 (AS 2292), establece que «nada hay que objetar a que, por razones de estrategia empresarial, se actúe a través de una empresa única o, por razones múltiples, se utilicen técnicas de segregación, de forma tal que se constituyan varias, cada una de las cuales queda sujeta a una titularidad diversa y desarrolla una actividad concreta». En semejantes términos, la STSJ de Madrid de 28 de febrero de 1997 (AS 408), al analizar un supuesto de descentralización productiva, indicó que no nos encontramos ante una estrategia de descentralización orgánica, totalmente justificada en un mercado altamente competitivo.
- 79 BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la descentralización...», *op. cit.*, pág. 171; en la misma dirección, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, *op. cit.*, pág. 25, pone de manifiesto que el sistema de la descentralización puede determinar dos tipos de consecuencias: bien una segregación de la empresa, que queda virtualmente ligada a la empresa madre, completando o ultimando los ciclos productivos (concentración vertical); o bien da lugar a una forma de vinculación de la empresa prevalentemente pequeña con otras empresas de mayores dimensiones que vienen a asumir un papel hegemónico (concentración horizontal). Vid. también, del mismo autor: *Las relaciones de trabajo...*, *op. cit.*, pág. 421.
- 80 En esta dirección, el artículo 252 de la LSA establece que «se entiende por escisión: a) la extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente; b) la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Vid., asimismo, GUASCH MARTORELL, R.: *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*. Ed. Civitas, Madrid, 1993. Este autor distingue como presupuestos legales de la escisión de sociedades en el Derecho español: a) el desmembramiento, la fragmentación del patrimonio de una o varias sociedades en una o más porciones patrimoniales; b) la transmisión en bloque –es decir, a título universal– de cada fracción patrimonial escindida a la sociedad o sociedades beneficiarias; c) la atribución a los socios de la sociedad escindida de las acciones o participaciones procedentes de las sociedades beneficiarias, adquiriendo la condición de socios de tales sociedades. Vid. también, CERDÁ ALBERO, F.: *Escisión de la sociedad anónima*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, pág. 29.
- 81 Sobre el alcance de la segregación patrimonial, así como su conflictiva distinción de la escisión, Vid. GUASCH MARTORELL, R.: *La escisión de sociedades...*, *op. cit.*, pág. 86 a 88. Es muy expresiva al respecto la Resolución de 10 de junio de 1994 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que al analizar la distinción entre la escisión y un supuesto de aportación de una rama de actividad de otra sociedad, indica que la escisión se caracteriza por implicar la división del patrimonio social de una sociedad que es traspasado en bloque a otra sociedad beneficiaria, la cual, tras el correspondiente aumento de capital, entrega en contraprestación las nuevas acciones emitidas a los accionistas de la sociedad escindida que, simultáneamente, reduce su capital social en la cuantía necesaria –escisión parcial–, o se extingue –escisión total–. Institucionalmente la escisión se caracteriza por el efecto de causar el paso de una parte de los socios de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria, lo que conlleva el correlativo traspaso del bloque patrimonial

nial correspondiente a la cuota de tales socios. En la escisión parcial –no así en la total–, dicho bloque patrimonial debe constituir, además, una unidad económica. En cambio, la aportación de una rama de actividad de una sociedad a otra presenta una caracterización diversa de la que legalmente recibe la escisión: en ella la sociedad destinataria de la aportación, aunque amplía el capital social, no incorpora a su esquema orgánico a los accionistas de la sociedad aportante, que siguen perteneciendo a la misma sociedad, sino que las nuevas acciones son entregadas a la sociedad aportante que así pasa a ser, a su vez, socio de la sociedad que aumenta de capital. Estructuralmente, la operación realizada se sintetiza, para una sociedad, en una ampliación de capital con las consecuentes alteraciones de base accionarial y patrimonial y, para la otra, en una modificación de la composición cualitativa de su patrimonio, que pasa a quedar constituido parcialmente por acciones de la primera sociedad, sin que su organigrama resulte, por lo demás, alterado.

- 82 DÍAZ DE RÁBANO VILLAR «El nuevo marco legal de las contratas y subcontratas. La sucesión de empresa», en AAVV: *XIII Jornadas Catalanas de Derecho Social: las reformas laborales del nuevo milenio*. Girona, 22 y 23 de febrero de 2002, ejemplar fotocopiado, pág. 22, pone de manifiesto que «lo que el precepto hace es excluir esa materia de la subrogación dispuesta en el precepto, remitiendo a lo que en cada momento se establezca en su legislación específica».
- 83 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales». *Relaciones Laborales*, núm. 11-12/2002, pág. 193, mantiene que «este añadido en parte clarifica y en parte complica la situación legal precedente. El artículo 44 ET es un precepto que se refiere a una vicisitud del contrato de trabajo, a una modificación subjetiva y su incidencia en la dinámica de ese contrato, o sea en las relaciones entre el empresario y el trabajador, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva. Los efectos de esa transmisión en la Seguridad Social, en particular en lo referente a las relaciones jurídico-públicas entre el titular de la empresa y la Administración de Seguridad Social, es una cuestión que corresponde regular, y así se regula, en la legislación de Seguridad Social».
- 84 CABEZA PEREIRO, J.: «La Seguridad Social en la Ley 12/2001, de 9 de julio». *Relaciones Laborales*, núm. 11-12/2002, pág. 270, considera que «por lo que respecta a la reforma del artículo 44, al contrario que en otros aspectos, singularmente los de carácter colectivo, las modificaciones en materia de Seguridad Social han resultado más modestas».
- 85 En esta dirección de forma extensa, CAMPS RUIZ, L.M.: *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, págs. 90 a 93.
- 86 CABEZA PEREIRO, J.: «La Seguridad Social...», *op. cit.*, pág. 268, indica que las modificaciones del artículo 44 ET introducidas por la Ley 12/2001, de 9 de julio, no han modificado «los artículos 104 y 107 LGSS, ni –por ahora– la normativa reglamentaria correspondiente».
- 87 En concreto, el artículo 104 LGSS prevé que «el empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad. Asimismo, responderán, en su caso, del cumplimiento de esta obligación las personas señaladas en los apartados 1 y 2 del artículo 127». *Vid.* también, el artículo 10.1 Reglamento General de Recaudación que en su artículo 10.1 prevé que «en los casos de sucesión, *inter vivos* o *mortis causa*, en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del cumplimiento de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en cualquiera de los Regímenes de Seguridad Social, ingresando las aportaciones del empresario y de los trabajadores, en su totalidad, así como del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, cuando el causante hubiera sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de las mismas».
- 88 *Vid.* CAMPS RUIZ, L.M.: *Puntos críticos...*, *op. cit.* pág. 91. *Vid.* también, CABEZA PEREIRO, J.: «La Seguridad Social...», *op. cit.*, pág. 270, que considera que «el artículo 127.2 LGSS, con la expresión "sucesión de la titularidad de la explotación, industria o negocio" no alude sino al "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizando ahora la expresión del artículo 44.1 ET».
- 89 SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa». *Aranzadi Social*, núm. 1/2001, pág. 18, consideran que «aunque estamos ante una norma laboral y aunque las cuestiones de Seguridad Social son reguladas en la LGSS y normas complementarias, sabido es que difícilmente pueden entenderse por separado los dos bloques normativos de referencia; particularizando, cuanto aquí interesa, el alcance de una sucesión empresarial no se percibe en su totalidad si omitimos lo que sucede en materia de Seguridad Social. De ahí que la norma acierte al señalar que la subrogación alcanza a los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social».
- 90 CABEZA PEREIRO, J.: «La Seguridad Social...», *op. cit.*, pág. 270.
- 91 En sentido contrario, TAPIA HERMIDA, A.: «Las "prejubilaciones" o "jubilaciones anticipadas" en las sucesiones de empresas (Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002, asunto C-164/00)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. (Legislación y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 232/2002, pág. 149, considera que la ausencia de pre-

visión en esta materia «planteó una importante problemática, que interpretada a partir de la adhesión de España a la Comunidad conforme a la indicada Directiva en su primera redacción dejaba fuera de la sucesión empresarial a los compromisos por pensiones».

- 92 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ed. MTAS. Madrid, 2001, pág. 110, pone de manifiesto en esta dirección la interpretación amplia que la doctrina científica y legal han otorgado a los «contenidos materiales o sustantivos de la garantía sucesoria ex artículo 44 ET. Por obra de este precepto, el cesionario queda subrogado en la integridad en las posiciones jurídicas, activas y pasivas, del cedente, debiendo ser interpretada la expresión legal («derechos y obligaciones laborales») en un sentido acorde a este principio de sucesión universal y, por tanto, comprensivo de las prestaciones y aportaciones que integran las denominadas mejoras voluntarias de la Seguridad Social». MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones laborales en la transmisión de la empresa*. Ed. MTSS. Madrid, 1988, pág. 176 y ss., indica que el artículo 44 ET impone la sucesión legal del nuevo empleador en el complejo de relaciones jurídico-laborales estrictas y también de las colaterales de previsión social profesional. *Vid.* también, GALA DURÁN, C.: «Sucesión de empresa. Mantenimiento de condiciones y convenio colectivo aplicable: apuntes jurisprudenciales». *Actualidad Laboral*, vol. II/1997, pág. 573; CABEZA PEREIRO, J.: «La Seguridad Social...», *op. cit.* pág. 272.
- 93 CAMPS RUIZ, L.M.: *Puntos críticos...*, *op. cit.*, págs. 93 y 94. *Vid.* en esta dirección, la STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2000.
- 94 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fusión de sociedades y previsión voluntaria en la empresa*. Ed. *Ibidem*, Madrid, 1996, pág. 13.
- 95 La normativa española ha utilizado la expresión de protección social complementaria, más amplia que la expresión comunitaria de «compromisos por pensiones», acogiendo de este modo a todo tipo de «mejora voluntaria». DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET». *Temas Laborales*, núm. 61/2001, pág. 333.
- 96 RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad». *Relaciones Laborales*, núm. 17/2001, pág. 15. *Vid.* también, POMPO JIMÉNEZ, E.: «La sucesión de empresa en la última reforma laboral». *Boletín Social Quantor*, núm. 18/2001, pág. 2.
- 97 Exclusión que debe considerarse como constitutiva puesto que de no haber sido establecida de forma expresa por el legislador comunitario no se hubieran podido excluir, puesto que se trata de relaciones nacidas de la relación laboral. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fusión de sociedades...*, *op. cit.*, pág. 119. Un estudio del alcance de esta exclusión en TAPIA HERMIDA, A.: «Las «prejubilaciones...», *op. cit.*, págs. 137 a 150.
- 98 Inclusión que con carácter general ha merecido una valoración positiva en el seno de la doctrina. *Vid.* ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001». *Revista de Derecho Social*, núm. 15/2001, pág. 64, califica esta opción del legislador como «encomiable». *Vid.* también, CABEZA PEREIRO, J.: «La Seguridad Social...» *op. cit.*, pág. 271.
- 99 *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Claroscuros...», *op. cit.*, pág. 19; MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*, Ed. Estudios Financieros, núms. 221-222/2001, pág. 145; DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 333 y 334; CABEZA PEREIRO, J.: «La Seguridad Social...» *op. cit.* pág. 271; MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2002, pág. 1.144.
- 100 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión...*, *op. cit.*, pág. 112. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El mantenimiento de los derechos...», *op. cit.*, pág. 193.
- 101 GIL Y GIL, J.L.: «La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y el artículo 44 ET». *Temas Laborales*, núm. 56/2001, pág. 311.
- 102 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión...*, *op. cit.*, pág. 118, consideraba con anterioridad a la reforma del artículo 44 ET, que «la nueva redacción del artículo 3.4 a) de la Directiva aconseja abortar, en aras de la seguridad jurídica, posibles y futuros debates sobre la aplicación o inaplicación de la técnica subrogatoria a los regímenes complementarios de Seguridad Social. Un pronunciamiento de aplicación resulta obligado». En esta dirección, GALA DURÁN, C.: «Sucesión de empresa...», *op. cit.*, págs. 573 y 574, también con anterioridad a la reforma había mantenido una reinterpretación en este ámbito del artículo 44 ET, como consecuencia de la Directiva comunitaria, «limitando éste a la simple subrogación del empresario adquirente en la obligación de garantizar los derechos de los trabajadores mediante la inclusión de los mismos en su propio contrato de seguro o plan de pensiones

(ampliándolo e incorporando los derechos consolidados), o de no ser posible o de no existir aquéllos, proceder a su inmediata cobertura, sin que ello suponga, en ningún caso, el que se asuma directamente el pago de esas prestaciones complementarias vía sucesión empresarial».

- 103 Un comentario en extenso de esta materia en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fusión de sociedades...*, *op. cit.*
- 104 *Vid.* un comentario a las reformas introducidas por dicha norma en ROMERO BURILLO, A.M.: «El nuevo régimen jurídico de los Planes de Pensiones del sistema de empleo tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre». *Revista de Derecho Social*, núm. 17/2001.
- 105 Sobre la parte promotora del plan, *Vid.* ROMERO BURILLO, A.M.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.*
- 106 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fusión de sociedades...*, *op. cit.*, pág. 47.
- 107 *Ibid.* págs. 44 y 45.
- 108 Sobre el contenido de dicho precepto, MORALA GÓMEZ, A.: «La nueva regulación de la sucesión de empresas». *Actualidad Laboral*, núm. 10/2002, pág. 196, pone de manifiesto los siguientes puntos de interés: «a) se impone a los Estados de forma imperativa, no facultativa, la necesidad de adoptar medidas necesarias en cuanto a las prestaciones de jubilación, incluidas las destinadas a los supervivientes; b) en segundo lugar, quedan excluidas del ámbito de este apartado las medidas afectantes a la invalidez y supervivencia no causadas por un titular de prestación de jubilación; c) es imperativo adoptar medidas encaminadas a proteger los derechos adquiridos o en curso de adquisición, afectando tal medida, ya no sólo a los trabajadores en activo, sino también a los que hayan dejado de trabajar».
- 109 DÍAZ DE RÁBAGO, M.: «El nuevo marco legal...», *op. cit.*, pág. 22, manifiesta en esta dirección que «una cosa es que se hayan de adoptar medidas de garantía y otra que ésta deba ser, necesariamente, la subrogación del nuevo empresario».
- 110 MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...», *op. cit.*, pág. 144, es contundente al afirmar que «la sola garantía subrogatoria no es en modo alguno suficiente, ni en relación al ámbito subjetivo protegido, ni a la naturaleza de las situaciones de interés tuteladas, ni en relación al arco temporal sobre el que se extiende esa tutela». La implantación de un planteamiento distinto de esta cuestión es puesta de manifiesto por MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fusión de sociedades...*, *op. cit.*, pág. 69, al afirmar que «en nuestro Derecho interno es consentido pensar que tales derechos de previsión están garantizados en virtud del efecto sucesorio (el cambio de sujeto empresario y la identidad de las relaciones laborales modificadas subjetivamente) y del sistema de responsabilidad solidaria *ex lege* preordenado en el artículo 44 ET».
- 111 MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...», *op. cit.*, pág. 144, expone en este sentido que se han propuesto lecturas que evidencian un carácter alternativo de las previsiones comunitarias, de modo que la opción por la subrogación [art. 3.4 a)] permitiría excluir la garantía de los derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de jubilación [art. 3.4 b)].
- 112 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión...*, *op. cit.*, pág. 112. Considera el autor que una vez consumada la transmisión, ni la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario durante tres años por las eventuales prestaciones de jubilación vencidas con anterioridad al cambio de titularidad y no satisfechas ni la asunción por el cesionario de las responsabilidades frente a las prestaciones que venzan con posterioridad a dicho cambio pueden calificarse, por sí solas, como medidas que aseguran, conforme pide el párrafo 2 del artículo 3.3 de la Directiva, un disfrute continuo, pacífico y efectivo de dichas prestaciones.
- 113 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fusión de sociedades...*, *op. cit.*, págs. 93 y 94; DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: «El nuevo marco...», *op. cit.*, pág. 22; MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...», *op. cit.*, pág. 145.
- 114 MORALA GÓMEZ, A.: «La nueva regulación...», *op. cit.* pág. 197, considera al respecto que resulta injustificado que dicha previsión no se haya incluido en el precepto regulador de la sucesión de empresas –art. 44 ET. *Vid.* también, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El mantenimiento de los derechos...», *op. cit.*, pág. 195.
- 115 Inicialmente se preveía un período transitorio de tres años a partir de la entrada en vigor de la ley, que sucesivamente se ha ido prorrogando. La disposición adicional 25 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ha ampliado este plazo hasta el 16 de noviembre de 2002. MORALA GÓMEZ, A.: «La nueva regulación...», *op. cit.*, pág. 197, considera que la existencia de este período transitorio «nos lleva a concluir que efectivamente se incumple la necesaria adecuación en este momento».
- 116 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión...*, *op. cit.*, pág. 117. Asimismo, ésta es la solución más acorde con la Directiva CEE 80/987, de 20 de octubre.
- 117 CAMPS RUIZ, L.M.: *Puntos críticos...*, *op. cit.*, pág. 94; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fusión de sociedades...*, *op. cit.* *Vid.* STSJ de Comunidad Valenciana de 7 de septiembre de 2000 (AS 517).
- 118 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión...*, *op. cit.*, pág. 117.

- 119 *Vid.*, por todos, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas» en AAVV: *Libro Homenaje a Ramón M.ª Sastre (Junta de Decanos de Colegios Notariales)*, Tomo III, Madrid, 1976, pág. 533 y ss.
- 120 En el ámbito de la doctrina laboralista, por todos, CAMPS RUIZ, L.M.: «Problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades» en BAYLOS, A. y COLLADO, L. (Com.): *Grupos de empresa...*, *op. cit.*, pág. 88, que establece como una nota característica de los grupos de sociedades, la separación entre la realidad económica y las formas jurídicas; MONE-REO PÉREZ, J.L.: «Aspectos laborales de los grupos de empresas». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 21/1985, pág. 88, que pone de manifiesto que existe un desfase entre la realidad económica de una empresa compleja y la realidad jurídico-formal que las contempla como empresas autónomas. *Vid.* también, BLASCO PELLICER, A.: «Grupos de sociedades y derecho del trabajo: problemática de la ejecución provisional de sentencias». *Actualidad Laboral*, núm. 2/1992. FONT RIBAS, A.: «Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses. Apunts crítics a la sentència de la Magistratura de Treball núm. 15 de Barcelona, de 23 de juliol de 1980». *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1/1982, págs. 68 a 69, puntualiza esta afirmación poniendo de manifiesto que realmente no se trata de un divorcio entre derecho y economía, sino en el aprovechamiento de un sistema concebido para las necesidades de la economía industrial para finalidades que sobrepasan las previsiones iniciales. Más crítico se manifiesta MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho nuevo...*, *op. cit.*, pág. 42, al considerar que la inclinación del pensamiento jurídico a seguir planteando el problema de los grupos de sociedades, en los términos de una radical dicotomía entre la «realidad económica» –que sublima un complejo sustancialmente unitario– y «realidad jurídica» –que sublima, en cambio una pluralidad de empresas, jurídicamente autónomas–, desemboca en una imagen reductora y deformada, y por tanto ineficaz, del significado e implicaciones reales de la entera problemática.
- 121 *Cfr.* DUQUE DOMÍNGUEZ, F.J.: «Los problemas generales planteados por los grupos...», *op. cit.*, pág. 38; DUQUE DOMÍNGUEZ, F.J.: «Concepto y significado...», *op. cit.*, págs. 536 a 539. *Vid.*, asimismo FORUM EUROPEUM DE GRUPOS: «Por un Derecho de los grupos de sociedades para Europa». *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 232/1999, pág. 472.
- 122 Para una breve reseña de estos diversos cauces o mecanismos a través de los cuales puede constituirse un grupo de empresas, *Vid.* CAMPS RUIZ, L.M.: *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. Ed. MTSS. Madrid, 1987, págs. 12 a 15.
- 123 Sin embargo, con anterioridad, ya encontramos algún supuesto aislado en el que la organización de la empresa en forma de grupo es tenida en cuenta en esta materia. Así, por ejemplo, el Acuerdo-Marco de Erkimia, sociedad anónima y sus filiales, preveía la modificación de los compromisos por complementos para el personal pensionista jubilado y activo del grupo (BOE de 29 de junio de 1997).
- 124 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.*, pág. 29. El profesor BUENO MAGANO, O.: «Los grupos de empresa en el Derecho del Trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6/1981, pág. 183, ya establecía con carácter general respecto a la repercusión de la existencia de un grupo de empresas en el área de la previsión social que «desde hace mucho tiempo, la previsión social viene ocupándose de la circulación de trabajadores, esto es, del cambio de asegurados de uno a otro sistema, sin pérdida de ventajas adquiridas. Lógicamente siendo el grupo (...) uno de los factores más importantes en la aparición del fenómeno de la circulación de trabajadores, es obvio que su existencia y, más que esto, su creciente actuación no podría ser irrelevante para la previsión social». Algunos de estos motivos fueron los alegados por el Grupo Parlamentario de Minoría Catalana para justificar la inclusión de los grupos de empresas como promotores de un Plan de Pensiones del sistema de empleo en la Enmienda núm. 131. *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. III Legislatura. Serie A. Núm. 7-1, pág. 57.
- 125 *Cfr.* artículo 74.1 párrafo 2.º RPPF. Con ocasión del estudio que realizó el CES del proyecto de Real Decreto de 29 de marzo de 1999, se sugirió que se añadiese en coherencia con lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio un cuarto criterio en la determinación de la existencia de un grupo de empresa, en los siguientes términos: «Que haya nombrado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de Administración». *Vid. Dictamen 7/1999, de 6 de mayo, emitido por el Consejo Económico y Social*.
- 126 *Cfr.* artículo 74.2 b) RPPF.
- 127 Tal y como apunta LÓPEZ CUMBRE, L.: «Concentración empresarial y compromisos por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta del grupo de empresas». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núms. 209-210/2000, pág. 49, es cada vez mayor el número de grupos de empresas que se conforman a partir de empresas de distintas nacionalidades, tendencia que obligará pronto a cambiar las exigencias de territorialidad de las normas nacionales si, como se prevé, en el ámbito comunitario se flexibiliza la elección de la sede social de la empresa, facilitando la aplicación de aquel ordenamiento que elija la empresa en función del domicilio social de la misma. *Vid.* también, BUENO MAGANO, O.: «Los grupos de empresa...» *op. cit.*, pág. 183.

- 128 Ello es significativo, por tanto, de que no se ha optado, por una personificación o subjetivización del grupo de empresas, que lo equipare a la empresa unitaria, lo cual excusaría de una regulación específica para los mismos.
- 129 LÓPEZ CUMBRE, L.: «Concentración empresarial y compromisos por pensiones...», *op. cit.*, pág. 50.
- 130 *Vid.* artículo 74.3 RPPF. El artículo 76.3 c) de esta norma exige, en cualquier caso, que se aporte un anexo con los trabajadores que se adhieren al plan de grupo y que dicha incorporación sea aprobada por la comisión promotora o por la comisión de control del plan de grupo.
- 131 *Vid.* artículo 74.3 RPPF prevé para este supuesto la excepción de que se oponga la comisión de control o ello sea contrario a las especificaciones del plan.
- 132 LÓPEZ CUMBRE, L.: «Concentración empresarial y compromisos por pensiones...», *op. cit.*, pág. 50.
- 133 En este sentido y a título de ejemplo podemos mencionar el Reglamento de Planes de Pensiones del sistema de empleo que tiene constituido el grupo de empresas ENDESA. En este Plan de Pensiones nos encontramos estructurado el reglamento en varios Títulos, en los primeros se recogen los aspectos generales que van a identificar y por los que se va a regular el Plan, sujetos promotores, partícipes, beneficiarios, prestaciones, aportaciones, etc. y, a partir de ahí, el resto de los Títulos que componen el Reglamento del Plan tienen como objetivo ofrecer una regulación propia para cada uno de los colectivos pertenecientes a cada una de las empresas que conforman el grupo de empresas de ENDESA. Así, en el artículo 15 con el que se inicia el apartado que regula las especificidades del Plan para el colectivo de trabajadores pertenecientes a HECSA se establecen como contingencias cubiertas la jubilación del partícipe, la incapacidad permanente total, absoluta, gran invalidez, el fallecimiento del partícipe y el fallecimiento del beneficiario, mientras que en el artículo 28 que también se dirige a establecer las contingencias cubiertas por el Plan, en este caso para el colectivo de trabajadores pertenecientes a FECSA, se ha previsto la jubilación ordinaria, la jubilación anticipada, la incapacidad absoluta y la gran invalidez.
- 134 *Vid.* artículo 76.1 RPPF.
- 135 *Vid.* artículo 76.3 a) y b) RPPF. En esta dirección, igual que la posibilidad de constituir un sistema de representación que no fuera conjunto suponía poner de manifiesto la pluralidad, la posibilidad de optar por un sistema de representación conjunto pone de manifiesto el carácter unitario de esta forma de organización empresarial.
- 136 *Cfr.* CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva...», *op. cit.*, págs. 8 y 9. Éste es el concepto unánimemente utilizado por la doctrina, *Vid.* en parecidos términos, RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización...», *op. cit.*, pág. 23; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El Derecho del Trabajo...», *op. cit.*, pág. 3; BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico...», *op. cit.*, pág. 20; GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*. Ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 3 y ss.
- 137 En consecuencia, se ha puesto de manifiesto por CRUZ VILLALÓN, J.: «La descentralización...», *op. cit.*, pág. 9, que la división del trabajo que en el modelo centralizado de producción se llevaba a cabo en el interior de la empresa, en el caso de la descentralización se produce una división del trabajo intraempresarial en lugar de interempresarial, si bien, existen supuestos que se encuentran a medio camino entre la descentralización productiva interna y externa, como sucede, por ejemplo, con los grupos de empresas.
- 138 *Vid.* artículo 42.1 y 42.2 ET y artículos 104 y 127 LGSS.
- 139 *Vid.* artículo 42.1 ET. Un amplio comentario a esta obligación en CAMPS RUIZ, L.M.: «La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias» en *Descentralización productiva...*, *op. cit.*, págs. 243 a 258.
- 140 MONEREO PÉREZ, J.L.: «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones "referidas" a la Seguridad Social». *Relaciones Laborales*, vol. II/1992, pág. 305.
- 141 *Cfr.* MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 1 y 3.
- 142 Es doctrina consolidada en nuestros tribunales entender que la determinación de una retribución como salario o no dependerá, no de la denominación que se le dé, sino de su auténtica naturaleza, existiendo en el fondo una *vis atractiva* del salario, de tal manera que se continuará presumiendo el carácter salarial de todo lo pagado al trabajador, sin perjuicio de que medie prueba en contrario. *Vid.*, en este sentido, por ejemplo STS de 9 de febrero de 1987 (Ar. 800); STS de 25 de mayo de 1992 (Ar. 3598); STSJ de Extremadura de 21 de abril de 1993 (AS 1743); STSJ de Madrid de 20 de mayo de 1993 (AS 2613); STSJ de Extremadura de 17 de octubre de 1994 (AS 3815).
- 143 *Vid.*, por ejemplo STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2000 (AS 1739). Fundamento Jurídico Segundo.

- 144 *Vid.*, entre otras, STS de 14 de julio de 1992; STSJ de Madrid, de 20 de mayo de 1996 y STSJ de Madrid, de 4 de julio de 1996 (AS 1126).
- 145 MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales...*, *op. cit.*, pág. 205.
- 146 *Vid.*, entre otros, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales...*, *op. cit.*, págs. 202 y 203; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado...*, *op. cit.*, pág. 261 y SÁNCHEZ TORRES, E.: «Naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales a los Planes y Fondos de Pensiones». *Aranzadi Social*, núm. 1/2001, pág. 424.
- 147 MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales...*, *op. cit.*, pág. 202.
- 148 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.*, pág. 80, señala que el derecho tributario proporciona tan sólo una definición sectorial y omnicompreensiva de retribución al servicio de sus propios objetivos de política jurídica.
- 149 Así lo pone de manifiesto DE LA FUENTE LAVÍN, M.: «¿Son cotizables las aportaciones empresariales a planes de pensiones?». *Aranzadi Social*, vol. V/1999, pág. 724, a partir de los datos reproducidos en la edición del periódico *El País* de 17 de noviembre de 1997.
- Estas referencias encuentran su aplicación práctica en algunos Convenios Colectivos, como es el caso del Convenio Colectivo de la «Compañía Española de Petróleos, Sociedad Anónima (CEPSA)» (BOE de 1 de marzo de 1997), que en su artículo 10.12.2, dedicado al régimen financiero y las aportaciones de la entidad promotora, toma como referencia para determinar las cuantías de las aportaciones las compensaciones por supresión del concepto de antigüedad.
- 150 DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: «Protección social y negociación colectiva» en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.): *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1996, pág. 279 y SÁNCHEZ TORRES, E.: «La naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales...», *op. cit.*, pág. 420.
- 151 Proposición no de Ley presentada al Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Popular, Grupo Parlamentario Catalá-Convergència i Unió, Grupo Parlamentario Vasco-PNV y Grupo Parlamentario Coalición Canaria. Proposición no de Ley 161/000791. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, de 5 de enero de 1998. Serie D. Núm. 229, págs. 10 a 19.
- 152 Opinión mantenida, entre otros, por GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, pág. 66; MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: «Planes de Pensiones y principio de igualdad: de la sentencia Bilka a la Directiva 96/97/CEE». *Revista de Derecho Social*, núm. 1/1998, pág. 125 y SÁNCHEZ TORRES, E.: «La naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales...», *op. cit.*, pág. 414.
- 153 En este sentido se manifiesta la STSJ de Madrid de 4 de octubre de 1993 (AS 4631) en la que se afirma que «(...) se ha de concluir que el concepto en cuestión es salarial en aplicación de la normativa que cita dicha recurrente y del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (...), pues se trata en definitiva, de una gratificación satisfecha indirectamente y en especie, como mejora de las condiciones laborales que es y si conforme a las normas de previsión social complementaria del personal directivo que tanto el demandante como las empresas demandadas presentaron como parte de su prueba documental, se garantiza a sus beneficiarios retribuciones íntegras totales que se hayan de percibir en el año que la jubilación se produzca es evidente que entre éstas se halla el beneficio que dicho seguro, a cargo de la entidad empleador y en favor del actor disfruta este último por razón de su actividad profesional en aquélla. Sucede lo mismo con el uso del automóvil, cuyo disfrute también evalúa, pues es también claro que tal servicio es una partida salarial en especie (...)».
- 154 MONEREO PÉREZ, J.L.: «El ámbito material...», *op. cit.*, pág. 307.
- 155 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.*, pág. 76.
- 156 *Vid.* STS de 14 de diciembre de 1998 (Ar. 1010). Fundamento Jurídico Decimoséptimo *in fine*.
- 157 *Vid.* por todos MONEREO PÉREZ, J.L.: «El ámbito material...», *op. cit.*, pág. 305. El autor pone de manifiesto que «en un plano estrictamente jurídico, la calificación de salario ha de ser rechazada con referencia tanto a las aportaciones del promotor como al de las prestaciones concedidas a los trabajadores en aplicación del régimen de previsión normalmente complementaria». En apoyo de esta afirmación el autor cita la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades colaboradoras de la Seguridad Social de 18 de junio de 1991.
- 158 MONEREO PÉREZ, J.L.: «El ámbito material...», *op. cit.*, pág. 308.
- 159 En relación a las mejoras voluntarias *Vid.* GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, *op. cit.*, pág. 264.
- 160 CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas». *Relaciones Laborales*, vol. I/992, págs. 142 y 143.
- 161 *Vid.* LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C.: «Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social» en AAVV: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 231.

- 162 MONEREO PÉREZ, J.L.: «El ámbito material...», *op. cit.*, pág. 308.
- 163 Vid. LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C.: «Contratas y subcontratas...», *op. cit.*, pág. 231.
- 164 Vid. en relación con las mejoras voluntarias LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*. Ed. La Ley. Madrid, 1999, pág. 253.
- 165 MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación*. Ed. CONFEMETAL. Madrid, 1998, pág. 76.
- 166 LUQUE PARRA, M.: «La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras o servicios en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras o servicios» en AAVV: *Descentralización productiva y relaciones laborales*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2001, *op. cit.*, págs. 286 y 287.
- 167 Vid. estos argumentos en relación con las mejoras voluntarias en LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial...*, *op. cit.*, pág. 252.
- 168 CRUZ VILLALÓN, J.: «Outsourcing...», *op. cit.*, pág. 320.
- 169 Esta doctrina se ha reiterado en la STS de 14 de febrero de 2000 (Ar. 2036) y STS de 22 de diciembre de 2000 (Ar. 1873/2001). Asimismo también ha sido recogida por las diversas salas de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA. Vid., por ejemplo, STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2002 (AS 2801); STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2001 (AS 4162); STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2001 (AS 837) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de septiembre de 2000 (AS 591).
- 170 En este sentido la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2001 (AS 837) establece de forma expresa que el artículo 42 ET está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social entendida como ente gestor de prestaciones y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, prestaciones nacidas precisamente de esos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con trabajador, sino obligaciones con la Seguridad Social. Fundamento Jurídico Segundo. Párrafo séptimo.
- 171 LUQUE PARRA, M.: «La responsabilidad empresarial...», *op. cit.*, pág. 284. En la misma dirección CRUZ VILLALÓN, J.: «Outsourcing, contrataciones...», *op. cit.*, pág. 320, mantiene que esta doctrina convierte el régimen jurídico aparentemente de tutela del trabajador en una mera protección de los fondos de las instituciones públicas de la Seguridad Social.
- 172 Un comentario sobre esta sentencia en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de contrataciones y subcontratas. (Comentario a la STS 4.ª de 9 de septiembre de 1999)». *Relaciones Laborales*, núm. 5/2000.
- 173 *Ibid.*, págs. 283 y 287.
- 174 Esta posibilidad se rechaza de forma expresa en la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2001 (AS 837) en la que se expresa que «tampoco cabe en el presente caso aplicar la responsabilidad subsidiaria que impone el artículo 127.1 LGSS, pues tal responsabilidad surge cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, es decir, el artículo 126 de dicho cuerpo legal y es indiscutible que la obligación de abonar la indemnización por muerte que se reclama en este juicio, no encuentra encaje ni acomodo en ninguno de los números de este artículo 126». Vid. Fundamento Jurídico Segundo *in fine*.
- 175 MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: Puntos críticos*. Ed. *Ibidem*. Madrid, 1994, pág. 115. En un mismo sentido Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva...», *op. cit.* pág. 143; GIL SUÁREZ, L.: «La descentralización productiva y la Seguridad Social» en *Descentralización productiva. Cuadernos de Derecho Judicial*. Vol. IX/2000, pág. 154; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Los sujetos responsables...», *op. cit.*
- 176 A este respecto MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, *op. cit.*, pág. 115, pone de manifiesto que «el reclamo del criterio analógico de la interpretación tiene trazados sus límites intrínsecos, cuales son singularmente el de no contradecir la *ratio iuris* de la propia normación (...) su propio tenor literal y, en fin, su adecuación a las disposiciones generales que rigen en el conjunto del ordenamiento para la regulación de la materia en cuestión».
- 177 LUQUE PARRA, M.: «La responsabilidad empresarial...», *op. cit.*, pág. 287, considera más pertinente al respecto diferenciar el ámbito objetivo del artículo 42 ET y el artículo 127 LGSS, siendo más amplio el ámbito del artículo 42 ET y más reducido el del artículo 127 LGSS, opción en base a la que se mantendría la exclusión de la responsabilidad subsidiaria en materia de protección social complementaria.