

**ANA MARÍA ROMERO BURILLO**

*Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultat de Dret i Economia. Universitat de Lleida*

**Extracto:**

LA progresiva implantación y desarrollo de los Planes de Pensiones del sistema de empleo ha supuesto que este mecanismo de protección social haya ido adquiriendo cada vez una mayor importancia dentro del marco de las relaciones de trabajo. Ahora bien, el hecho de que los Planes de Pensiones del sistema de empleo hayan tenido una buena acogida no significa que su constitución se encuentre exenta de problemas aplicativos e interpretativos. Al contrario, el hecho de que nos encontremos ante una materia en la que confluyen instituciones pertenecientes a diferentes ramas jurídicas, concretamente, derecho civil, mercantil, laboral y seguridad social y fiscal, en ocasiones hace difícil determinar en cada caso concreto aquello que se adecua jurídicamente mejor a dicha institución, siendo los tribunales los encargados desde hace ya algunos años de dar respuesta a dicha problemática.

El objeto de este estudio es precisamente analizar las cuestiones más importantes relativas a la implantación y desarrollo de los Planes de Pensiones del sistema de empleo que se han venido planteando ante los tribunales y la incidencia que dichas resoluciones judiciales han tenido en las sucesivas reformas normativas que se han llevado a cabo hasta el momento.

---

## Sumario:

---

1. Planteamiento del tema.
2. El marco competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de Planes de Pensiones.
3. Los principios informadores de los Planes y Fondos de Pensiones.
  - 3.1. El principio de no discriminación.
    - 3.1.1. El alcance del principio de no discriminación en el acceso a un Plan.
      - a) El principio de no discriminación en función de la antigüedad del trabajador en la empresa.
      - b) El principio de no discriminación en función de la modalidad contractual.
    - 3.1.2. El alcance del principio de no discriminación en la fijación de las condiciones de contratación del Plan.
      - a) Las diferentes aportaciones del promotor a los trabajadores de un mismo Plan.
      - b) La articulación de subplanes.
  - 3.2. El principio de exteriorización de los compromisos por pensiones.
4. El estatuto jurídico de los sujetos participantes en un Plan de Pensiones.
  - 4.1. La disponibilidad de los partícipes de los derechos consolidados en el Plan.
  - 4.2. La participación en los órganos de gestión de los Planes y Fondos de Pensiones.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La aprobación de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, supuso en su momento un cambio trascendental en la configuración jurídica de la protección social complementaria existente hasta entonces en España. Si hasta 1987 la protección social complementaria se componía básicamente de las llamadas mejoras voluntarias, a partir de la Ley 8/1987 pasa a configurarse claramente como una realidad dual <sup>1</sup> constituida, por un lado, por las ya mencionadas mejoras voluntarias, medidas que pese a su carácter voluntario se integran formalmente dentro del sistema de la Seguridad Social y, por otro lado, por un conjunto de prestaciones que material y formalmente son ajenas a dicho sistema, de las cuales los Planes y Fondos de Pensiones son su principal exponente.

Sin entrar a valorar en este momento las razones que motivaron la aparición de una regulación jurídica sobre Planes y Fondos de Pensiones, lo cierto es que dicha novedad normativa ha incidido de forma importante en el marco de la relaciones de trabajo ya que entre las modalidades de Planes de Pensiones previstas en la Ley 8/1987 se encuentran los Planes de Pensiones de la modalidad del sistema de empleo, es decir, Planes que se promueven por cualquier sujeto que tenga la condición de empleador o empresario en favor de sus empleados [art. 4.1 a) LPPF], lo cual significa que junto a las mejoras voluntarias se incorpora una nueva técnica de protección social dirigida exclusivamente a los trabajadores.

Esta nueva técnica, además, ha contado desde el principio con el apoyo de las instancias gubernamentales, como se pone claramente de manifiesto en las ventajas fiscales reconocidas tanto a los empresarios que utilicen los Planes de Pensiones del sistema de empleo para articular mejoras sociales en favor de sus trabajadores como a los trabajadores que quieran participar económicamente en los mismos. En este sentido, baste recordar que las aportaciones que realizan los trabajadores a un Plan de Pensiones son deducibles de la Base Imponible del IRPF y, de la misma manera, las aportaciones realizadas por los empresarios son consideradas gastos deducibles en el Impuesto de Sociedades si son personas jurídicas y en el IRPF si son personas físicas, tributando al tipo impositivo 0 (arts. 27 a 29 LPPF).

<sup>1</sup> MONTROYA MELGAR, A.: «Prólogo» en AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas: Obligaciones de las empresas y garantía de los trabajadores*. Ed. Civitas. Madrid, 2001, pág. 9.

A estas ventajas económicas hay que añadir los periódicos impulsos normativos que se han realizado en favor de esta técnica de protección social que llegan hasta la reciente aprobación del RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones <sup>2</sup> y entre los que destaca de manera especial la reforma acometida con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, en la que se establecerá la obligación a los empresarios de externalizar los compromisos por pensiones asumidos con sus trabajadores o empleados por medio de contratos de seguros, Planes y Fondos de Pensiones o ambos <sup>3</sup>, teniéndose que abandonar el tradicional sistema de la constitución de fondos internos para financiar mejoras voluntarias <sup>4</sup>.

Estos apoyos normativos han tenido como resultado la progresiva implantación y desarrollo de los Planes de Pensiones del sistema de empleo en detrimento de otras técnicas de previsión social existentes en la actualidad y, en consecuencia, este mecanismo de protección social ha ido adquiriendo cada vez una mayor importancia dentro del marco de las relaciones de trabajo <sup>5</sup>. Ahora bien, el hecho de que los Planes de Pensiones del sistema de empleo hayan tenido una buena acogida no

<sup>2</sup> Este reglamento desarrolla el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE de 13 de diciembre de 2002), el cual encuentra su origen en las modificaciones introducidas en la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de Pensiones por medio de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y que deben situarse en el marco de los compromisos asumidos por el gobierno con ocasión de la firma del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social con las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y el sindicato CC.OO., el 9 de abril de 2001, en el cual se hace expresa mención a la necesidad de introducir modificaciones en el marco regulador vigente de los Planes de Pensiones del sistema de empleo a fin de potenciar su implantación y desarrollo. Un estudio sobre el contenido de la nueva ley de planes de pensiones se encuentra 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. 17/2002, págs. 25 a 46 y más extensamente en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Planes y Fondos de Pensiones*. Ed. Comares. Granada. 2003.

<sup>3</sup> Además de esta importante reforma referente a los compromisos empresariales en materia de pensiones, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, introducirá, por medio de la Disposición Adicional 11ª, importantes modificaciones en la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, que afectarán a los artículos 4, 5, 7, 8, 9, 15, 16, 19, 20, 24, 25, 26, 27 y 28; se introducirá un nuevo Capítulo (Capítulo noveno), y se dará nueva redacción a las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, y disposiciones finales primera y segunda.

<sup>4</sup> En el momento en que se planteó la necesidad de garantizar los compromisos por pensiones TAPIA HERMIDA, A.J.: «Seguro colectivo y fondos internos de previsión social (I)». *Actualidad Laboral*, núm. 20/1994, pág. 297, señalaba que «en situaciones de recesión económica como la que vivimos, muchas empresas «comprometidas» con las pensiones de sus trabajadores (a través de fondos internos) se han visto sumidas en situaciones de iliquidez o de insolvencia que les han conducido a expedientes judiciales de suspensión de pagos o de quiebra, en los que aquellos compromisos se ven, en el mejor de los casos, postergados y afectados por los efectos dilatorios, remisorios o mixtos de los convenios cuando no volatilizados en la realidad. Dada la fragilidad de aquellos compromisos (...) se plantea una necesidad acuciante de otorgar una garantía jurídica y económica en favor de los trabajadores».

<sup>5</sup> De acuerdo con los informes estadísticos publicados por la Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones (INVERCO), a 31 de diciembre de 2003, el volumen de activos de los Fondos de Pensiones en España alcanzaba los 55.552 millones de euros, lo que supone un incremento del 15% durante los últimos doce meses, contando con un total de 7.346.929 cuentas de partícipes frente a las 6.533.066 del año 2002, suponiendo todo ello un incremento del 12,5%. 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 31.257 millones de euros, lo que supone un crecimiento del 18,9% en los últimos doce meses y el número de cuentas de partícipes asciende a 6.562.235, lo que supone un incremento interanual del 12,6%, por lo que respecta a los fondos vinculados a los Planes de Pensiones del sistema de empleo los activos alcanzaron un volumen de 23.457 millones de euros, con un incremento del 10,2% con

significa que su constitución se encuentre siempre exenta de problemas aplicativos e interpretativos. Al contrario, el hecho de que nos encontremos ante una materia en la que confluyen instituciones pertenecientes a diferentes ramas jurídicas, concretamente derecho civil, mercantil, laboral y de seguridad social y fiscal, en ocasiones hace difícil fijar en cada caso aquello que se adecua jurídicamente mejor a dicha institución, siendo los tribunales los encargados desde hace ya algunos años de dar respuesta a la problemática generada por los Planes y Fondos de Pensiones.

El objeto de este estudio es precisamente analizar las cuestiones más importantes relativas a la implantación y desarrollo de los Planes de Pensiones del sistema de empleo que se han venido planteando ante los Tribunales y la incidencia que dichas resoluciones judiciales han tenido en las sucesivas reformas normativas que se han llevado a cabo hasta este momento. Entendemos que es un buen momento para llevar a cabo un estudio de estas características dado que nos encontramos ante una normativa consolidada en sus aspectos esenciales y, en este sentido, ha permitido generar si no una amplia jurisprudencia sí al menos unas líneas básicas a seguir en una materia tan compleja como es la relativa a los Planes de Pensiones del sistema de empleo.

## **2. EL MARCO COMPETENCIAL ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES**

Una de las primeras cuestiones que fueron planteadas ante los Tribunales una vez aprobada la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones fue la referida al modo en que debía realizarse la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, prevista en el Título VIII de la Constitución Española. Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en dos ocasiones, primero, con la STC 206/1997, de 27 de noviembre, que resolvía los recursos de inconstitucionalidad 1181/1987 y 1190/1997 promovidos respectivamente por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña y por el Parlamento Vasco contra la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones <sup>6</sup> y, unos meses más tarde, con la STC 66/1998, de 18 de marzo, por la que se resolvía el conflicto positivo de competencias 380/1989, promovido por el Gobierno Vasco en relación al RD 1307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones <sup>7</sup>.

Las acciones iniciadas por el gobierno de la Generalitat de Cataluña y el Parlamento y el gobierno Vasco estaban encaminadas a desactivar la posibilidad de que el gobierno central asumiera en exclusiva la elaboración de la normativa sobre Planes y Fondos de Pensiones al entender que dicha materia quedaba recogida dentro de las competencias asumidas por ambas CCAA en sus respectivos Estatutos de Autonomía, si bien para ello dichos organismos no siguieron exactamente una misma línea argumental.

---

relación a diciembre del año anterior y el número de cuentas de partícipes ha alcanzado las 696.501, con un incremento interanual del 13,2%, finalmente los fondos vinculados a un Plan de Pensiones del sistema asociado alcanzan un activo de 838 millones de euros y el número de cuentas de partícipes correspondiente a este sistema es de 88.193. Vid. [www.inverco.es](http://www.inverco.es)

<sup>6</sup> BOE de 30 de diciembre de 1997.

<sup>7</sup> BOE de 22 de abril de 1998.

Por lo que respecta a la STC 206/1997, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña planteó el recurso de inconstitucionalidad en torno a dos pretensiones diferentes, la primera y principal basada en que la aprobación de la LPFP por el gobierno central representaba una clara invasión de sus competencias, al considerar que los Planes y Fondos de Pensiones quedaban incluidos en el título competencial establecido en el artículo 9.21 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en lo sucesivo EAC) según el cual la Generalitat de Cataluña tiene competencia exclusiva, entre otras materias, en Mutualismo no integrado en el sistema de la Seguridad Social<sup>8</sup>. La segunda pretensión, ésta con carácter subsidiario, planteaba la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos contenidos en la LPFP en función del título competencial establecido en el artículo 17.2 EAC en concordancia con el artículo 149.1.17 CE. Tal pretensión se fundaba en la consideración de que los Planes y Fondos de Pensiones quedaban englobados dentro del ámbito de la Seguridad Social y en consecuencia, se hacía necesario respetar el reparto competencial previsto en el artículo 149.1.17 CE según el cual nos encontramos ante un supuesto de competencias compartidas, en el que al Estado le corresponde el establecimiento de la legislación básica y régimen económico, quedando en manos de la CA el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica, reparto que según el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña era vulnerado por algunos artículos de la LPFP<sup>9</sup>.

El Parlamento Vasco, por su parte, también alegó dos pretensiones diferentes<sup>10</sup>, la principal se basaba en la equiparación de los Planes y Fondos de Pensiones a las mejoras voluntarias y en consecuencia, la inclusión dentro del conjunto de prestaciones complementarias de Seguridad Social. Tal interpretación llevaba al Parlamento Vasco a considerar que los Planes de Pensiones eran parte de un todo que es la Seguridad Social y, por tanto, a la aplicación del artículo 149.1.17 CE en concordancia con lo previsto en los artículos 10.23 y 18.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, de acuerdo con lo se concluía que la CA del País Vasco tenía un título competencial en la materia que no era respetado por la LPFP<sup>11</sup>. Subsidiariamente, el Parlamento Vasco también alegó la inconstitucionalidad de la LPFP al considerar que dicha norma era contraria a lo dispuesto en el artículo 41 CE, en conexión con los artículos 21 y 181 y siguientes de la LGSS y concordantes de la Ley de 28

<sup>8</sup> Cfr. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Antecedente de hecho Tercero.

<sup>9</sup> Cfr. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Antecedente de hecho Sexto.

<sup>10</sup> Un comentario sobre las pretensiones planteadas por el Parlamento del País Vasco se encuentra en SEGALÉS FIDALGO, J.: «Competencias autonómicas en materia de previsión social» en AA.VV.: *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas*. Parte II. Ed. MTAS. Madrid, 1999, págs. 311 a 331.

<sup>11</sup> En este sentido el Parlamento Vasco, entiende que el artículo 41 CE configura un sistema de la Seguridad Social estructurado en dos niveles: un nivel mínimo y obligatorio y otro nivel complementario ya sea obligatorio o voluntario que se corresponde a bolsas superprotectoras para determinados trabajadores entre las cuales se encuentra los Planes y Fondos de Pensiones, equiparándolos a las llamadas «mejoras voluntarias directas» y en virtud de dicha equiparación defiende que al Estado le corresponde en exclusiva el establecimiento de la legislación básica, sin perjuicio del desarrollo reglamentario de ejecución de los servicios por las CCAA, las cuales tendrán competencia exclusiva respecto del nivel complementario, ya sea obligatorio o voluntario, que como superestructura se añade a la acción protectora mínima y básica del sistema de la Seguridad Social, de modo que las CCAA únicamente se encontrarían limitadas por el respeto, al que vendrían obligados en su producción normativa, de los principios rectores que, en tanto en cuanto que básicos, son de aplicación al nivel mínimo de la acción protectora, cuya materia esencial, sustancial o básica corresponderá al Estado y del nivel complementario, en donde las CCAA tendrán competencia exclusiva y en donde el Estado no podrá tratar de imponer unos principios rectores esenciales o fundamentales distintos de los que lo sean para el nivel mínimo básico, ya que la línea vertebral del sistema es única. Cfr. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Antecedente de hecho Séptimo.

de diciembre de 1966 por la que se regula las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, ya que el contenido de la LPFP suponía una privatización del régimen de las mejoras voluntarias, al margen de lo dispuesto en la normativa citada, que las venía considerando integradas en el régimen de prestaciones de Seguridad Social, vulnerando el mandato contenido en el artículo 41 CE <sup>12</sup>.

A todas estas pretensiones respondía el Abogado del Estado oponiéndose con toda rotundidad a la estimación de los recursos planteados por ambas CCAA al considerar que los títulos competenciales esgrimidos por las mismas no abarcaban el contenido de la LPFP. Más concretamente, el Abogado del Estado sostenía que, en principio, la materia regulada en la Ley no tenía cabida en ninguna de las competencias asumidas por ambas Comunidades en sus respectivos Estatutos de Autonomía, al no tratarse de «Seguridad Social» dado el componente privado y voluntario de esa regulación, ni de mutualismo libre integrado en ella, dada la diversa naturaleza de ambas instituciones. En opinión del Abogado del Estado la materia objeto de regulación por parte de la LPFP era de carácter financiero y tributario, en base a lo cual defenderá la aplicación de la regla de competencia residual del Estado establecida en el artículo 149.3 CE <sup>13</sup>.

La respuesta dada por el Tribunal Constitucional a las pretensiones planteadas por las CCAA será desestimatoria, con la única excepción del artículo 25.3 d) de la LPFP, que será declarado inconstitucional y en consecuencia nulo. De esta forma, el Alto Tribunal rechaza tanto la inclusión de los Planes de Pensiones dentro del ámbito material del sistema de la Seguridad Social como la identificación de los mismos entre el conjunto de medidas que abarca la llamada Previsión Social.

En cuanto a la primera posibilidad apuntada, los argumentos alegados por las partes recurrentes remitían al artículo 41 CE y a la consideración de que dicho precepto constitucional recoge un modelo de Seguridad Social en el cual tienen encaje los Planes y Fondos de Pensiones. El Tribunal Constitucional rechazó los argumentos alegados por las partes recurrentes al entender que era imposible integrar a los Planes de Pensiones en el ámbito de la Seguridad Social dada la diferente naturaleza de ambas técnicas protectoras, por un lado un sistema de Seguridad Social caracterizado por su naturaleza pública y obligatoria y por otro, unas prestaciones derivadas de los Planes de Pensiones fuertemente determinadas por la voluntad privada, la cual incide, entre otras cuestiones, en la existencia mínima de un Plan de Pensiones (art. 1.2 LPFPF), el círculo de sujetos que se beneficiarán, en su caso de las prestaciones en ellos establecidas (art. 3.2 y art. 4 LPFP) y la propia extensión e intensidad de la tutela dispensada <sup>14</sup>. Cabría alegar a esta argumentación que la equiparación que realizan las partes recurrentes no viene referida al nivel básico de Seguridad Social, sino a aquel conjunto de medidas que han sido denominadas tradicionalmente por la doctrina como Seguridad Social complementaria y más concretamente en las mejoras voluntarias directas y donde la autonomía de la voluntad juega un papel importante en su configuración de igual forma que ocurre en los Planes de Pensiones.

Las mejoras voluntarias, aunque no comparten los rasgos caracterizadores del sistema de la Seguridad Social, puesto que son libremente adoptadas y no son garantizadas por el Estado, se entienden que una vez establecidas, dado su funcionamiento y lo previsto por la propia normativa de Seguridad

<sup>12</sup> Cfr. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Antecedente de hecho Octavo.

<sup>13</sup> Cfr. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Antecedente de hecho Noveno.

<sup>14</sup> Vid. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Fundamento de Jurídico Quinto.

Social, se estatalizan y quedan integradas en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social <sup>15</sup>. No obstante, como apunta el Tribunal Constitucional tal equiparación es un tanto problemática ya que se cuestiona desde hace ya algún tiempo que las mejoras voluntarias directas encuentren acomodo dentro de la Seguridad Social complementaria.

Las dudas que suscita la inclusión de las mejoras voluntarias directas dentro de la institución de las mejoras voluntarias encuentran su fundamento en el funcionamiento tan diferente que tienen estas mejoras respecto a los otros dos tipos de mejoras que conforman dicha institución –mejoras por aumento de base de cotización y mejoras por establecimiento de tipos de cotización–. Si tenemos en cuenta que las características estructurales básicas de la institución de las mejoras voluntarias son la canalización de las aportaciones financieras complementarias hacia el patrimonio de la Seguridad Social básica y su administración por las mismas entidades que gestiona aquél <sup>16</sup>, se observa que las mejoras directas incumplen claramente con dichas características puesto que su financiación, gestión y concesión se realiza al margen de las técnicas específicas de financiación y aseguramiento que delimitan institucionalmente a la Seguridad Social <sup>17</sup>. Ahora bien, no es ésta la única razón que ha sido utilizada por la doctrina para excluir del marco institucional de la mejoras voluntarias a las mejoras voluntarias directas ya que también se ha alegado la existencia de razones de carácter normativo que impiden la identificación a la que nos estamos refiriendo, y ello a pesar de que precisamente el tratamiento normativo viene siendo el principal argumento utilizado por los defensores de la inclusión de las mejoras directas dentro del marco institucional de las Mejoras Voluntarias. Así, en primer lugar, se apunta que la cita de la Orden Ministerial de 1966 que regula la mejoras voluntarias se refiere sólo a las que «hubieran sido autorizadas u homologadas»; homologación o autorización que sólo se requería en el caso de las mejoras voluntarias de tipos o bases de cotización, pero no en el supuesto de mejoras directas de prestaciones; en segundo lugar en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social no se incluían las mejoras voluntarias en el ámbito de las infracciones en materia de Seguridad Social, extremo este que se reproduce en el actual Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto) y, en tercer lugar, la Recomendación 14.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo, al referirse a la protección social complementaria, las sitúa fuera del ámbito del sistema público de Seguridad Social, considerándolas algo «externo» al sistema, lo cual se confirma en el propio artículo 41 CE en el que las mejoras voluntarias son, en sentido amplio «complementarias de la Seguridad Social», lo que implica admitir que nos encontramos ante dos ámbitos claramente diferenciados <sup>18</sup>. Todos estos argumentos nos parecen suficientemente relevantes para rechazar la equiparación que pretendía realizar el Parlamento Vasco entre Planes de Pensiones y mejoras voluntarias directas, sin embargo, aunque el Tribunal Constitucional tachará dicha equiparación como de «inapropiada»,

<sup>15</sup> *Vid.*, en este sentido ALONSO SAURA, J.L.: «Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los convenios colectivos». *Documentación Laboral*, núm. 32/1990, pág. 86. También desde la vertiente jurisdiccional se ha mantenido la integración de las mejoras voluntarias en la acción protectora de la Seguridad Social. *Vid.*, entre otras, STS de 16 de enero de 1990 (Ar. 127), STS de 25 de septiembre de 1995 (Ar. 6886) y STS de 20 de marzo de 1997 (Ar. 2591).

<sup>16</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*. Ed. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1970, págs. 77 a 79.

<sup>17</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: *Autonomía colectiva y Seguridad Social*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda. Madrid, 1977.

<sup>18</sup> GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de la mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999, págs. 46 a 49.

lo cierto es que tal y como ha apuntado la doctrina <sup>19</sup>, en esta sentencia se perdió una oportunidad única para haber resuelto definitivamente la siempre dudosa y problemática naturaleza de las mejoras voluntarias directas.

Una cuestión que no es resuelta por el Tribunal Constitucional pero que está íntimamente ligada a la pretensión de inconstitucionalidad que estamos analizando es la forma en que el Parlamento Vasco justificaba la competencia exclusiva sobre la regulación de los Planes y Fondos de Pensiones en función de su equiparación al sistema de la Seguridad Social. A este respecto, hay que recordar que el Parlamento Vasco va a considerar que las competencias que debía asumir sobre Planes y Fondos de Pensiones se justificaban en el título competencial previsto en el artículo 149.1.17 CE, sin embargo, tal y como ha señalado la doctrina, tal fundamento comporta incurrir en una clara contradicción, ya que si tal y como señala el artículo 149.1.17 CE el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación básica de Seguridad Social y la complementaria también es Seguridad Social, no es posible justificar que existe sobre esta última una exclusividad competencial de la CA, ya que en este caso nos encontramos ante competencias compartidas <sup>20</sup>.

Esta contradicción, sin embargo, no la encontramos en la argumentación sostenida por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña cuando plantea la inconstitucionalidad por estos mismos motivos, ya que en este caso justificaba la exclusividad de su competencia respecto de los planes y fondos de pensiones a través de la inaplicación de la excepción prevista en el artículo 149.1.17 CE respecto al régimen financiero. De este modo, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña interpreta que la exclusividad reservada en el régimen financiero tiene su fundamento en la necesidad de garantizar el sostenimiento de un servicio público como es la Seguridad Social y, a la vez, un sistema de prestaciones solidarias en beneficio de todos los españoles. Esta motivación, sin embargo, entendía que no concurre cuando se trata de aportaciones realizadas con carácter voluntario y libre, aunque con fines de previsión social que pasan a integrarse en fondos o patrimonios privados como son los Planes y Fondos de Pensiones, supuesto este en el que se entiende que lógicamente la competencia del Estado vendría siempre referida sólo a la legislación básica <sup>21</sup>.

En cuanto a la segunda de las pretensiones alegadas por los recurrentes para justificar la inconstitucionalidad de la LPFP, el Tribunal Constitucional rechazará la equiparación de los Planes y Fondos de Pensiones a las Mutualidades de Previsión Social por dos motivos fundamentales. El primero, por considerar que los Planes de Pensiones surgen como respuesta frente al modelo tradicional de seguridad social y el mutualismo como sistema de reparto y, por tanto, al aparecer como un sistema alternativo resulta difícil poderlo equiparar a las figuras existentes anteriormente. El segundo, íntimamente ligado al anterior, porque el Alto Tribunal entiende que la LPFP regula un contrato de nuevo cuño, que se aleja del sustrato organizativo característico de las mutualidades y de la solidaridad intergeneracional típica de esas instituciones <sup>22</sup>.

<sup>19</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: «Ámbito material de los planes y fondos de pensiones y su dimensión competencial». *Relaciones Laborales*, núm. 17/1998, pág. 58, nota 13.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pág. 56.

<sup>21</sup> *Vid.* STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Antecedente de hecho Sexto.

<sup>22</sup> *Vid.* STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Fundamento Jurídico Sexto.

Los razonamientos expuestos no fueron acogidos de forma unánime por todos los miembros del Tribunal, como lo pone de relieve la emisión de un voto particular sobre los mismos <sup>23</sup>, en el que se apunta la realización por parte del Alto Tribunal de una interpretación forzada del ámbito material que los recurrentes hacen del objeto de la ley impugnada. Efectivamente, el Tribunal Constitucional fundamenta su solución en base a la consideración de que los recurrentes pretenden identificar las Mutualidades con los Planes de Pensiones, lo cual, al no ser posible, le lleva al Alto Tribunal a negar que los Planes de Pensiones son Previsión Social. Sin embargo, tal como advierte el voto particular segundo de la STC 206/1997, «tan problemática (es) la afirmación de que los Planes son mutualismos porque son previsión social, como la de que los Planes no son mutualismo porque no son previsión social».

No es ésta la vía que pretenden explotar los recurrentes, de hecho, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña reconoce expresamente que el mutualismo es una modalidad de previsión social y que junto a ella surge otra diversa, que son los Planes de Pensiones, que se incluiría dentro del ámbito de técnicas de previsión social pero claramente diferenciada del mutualismo. Por tanto, se parte de un todo que es la Previsión Social dentro del cual tenemos como partes, entre otros, el Mutualismo y los Planes de Pensiones. De este modo, partiendo de que ambas instituciones son diferentes y de la inexistencia en la CE y en los respectivos Estatutos de Autonomía de la institución regulada en la LPFP, la encuadran en la que a su juicio, puede responder a una misma finalidad, que no es otra que la que aparece bajo el título de «Mutualismo no integrado en el sistema de la Seguridad Social» y que viene recogida en los artículos 9.21 EAC y 10.23 EAPV <sup>24</sup>.

Teniendo como premisa la interpretación realizada por los recurrentes, compartimos las reticencias planteadas por algunos Magistrados del Tribunal Constitucional, ya que es discutible que los Planes de Pensiones no puedan enmarcarse dentro del ámbito de actuación de la Previsión Social <sup>25</sup>.

El Tribunal Constitucional considera que los Planes de Pensiones se apartan del Mutualismo porque no responden a la definición de Previsión Social, según la cual bajo estos términos se integran «(...) técnicas específicas de tutela de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad en las que resulta determinante la acción de éstos –su iniciativa– y conecta directamente con técnicas protectoras de origen voluntario configuradas siguiendo la pauta de riesgos "sociales" típicos (...)» <sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Concretamente se hace referencia al voto particular segundo que acompaña a la STC 206/1997, de 27 de diciembre. (BOE 30 de diciembre de 1997), formulado por el Magistrado don Pedro Cruz Villalón, al que se adhiere el Magistrado don Carles Vives Pi-Sunyer.

<sup>24</sup> En este sentido en las alegaciones presentadas por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña se trae a colación la STC 123/1984, donde se señala que el hecho de que una materia, asunto o cuestión no figure nominalmente mencionada en los Estatutos de Autonomía no significa que la CA carezca de dicha competencia, siendo lo relevante no la mención directa sino el contenido material como conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativo a un sector de la vida social. Cfr. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Antecedente de hecho Tercero.

<sup>25</sup> En este sentido se manifiestan, entre otros, ROMERO BURILLO, A.M.: *Los Planes de Pensiones del sistema de empleo*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2002, págs. 202 a 213 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Naturaleza jurídica de los Planes de Pensiones y distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas» en ALONSO OLEA, M. y MONTOTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XV. 1997. Ed. Civitas. Madrid, 1998, págs. 262 y 263.

<sup>26</sup> Vid. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Fundamento Jurídico Sexto.

Si analizamos la definición dada por el Tribunal Constitucional de la Previsión Social y la ponemos en relación con los elementos definidores de los Planes de Pensiones, se observa, en primer lugar, que el carácter voluntario que caracteriza a la Previsión Social es también un rasgo definidor de los Planes de Pensiones como ya hemos puesto de relieve anteriormente, así como también al poner en relación los Planes de Pensiones con otras técnicas de protección social como son la Seguridad Social y las Mejoras Voluntarias.

En segundo lugar, en esta misma definición se establece que las medidas que responden a técnicas de Previsión Social actúan frente a situaciones de necesidad que se configuran siguiendo la pauta de los riesgos «sociales» típicos, y tampoco creemos que los Planes de Pensiones puedan distinguirse frente a otras técnicas de Previsión Social en base al ámbito objetivo donde se desarrolla la acción de los Planes, puesto que, como admite el propio Tribunal Constitucional <sup>27</sup> el artículo 8.6 LPFP, que prevé las situaciones de necesidad frente a las cuales se podrán articular Planes de Pensiones responden al concepto típico de riesgo social.

De acuerdo con lo señalado, parece razonable concluir que no existen fundamentos jurídicos que puedan justificar la exclusión de los Planes de Pensiones del ámbito de la Previsión Social, tal y como se configura por el Tribunal Constitucional en la STC 206/1997. El único elemento que podría llevar a excluir los Planes de Pensiones de acuerdo con la delimitación conceptual de Previsión Social previsto en dicha sentencia se encontraría en el tipo de técnicas a las que se refiere el Tribunal Constitucional que engloban o conforman la Previsión Social.

La STC 206/1997, establece que las técnicas que se engloban dentro del concepto de Previsión Social son «técnicas específicas». Ahora bien, tampoco creemos que el hecho de que la Previsión Social sólo pueda identificarse con técnicas específicas de protección pueda ser utilizado como argumento para excluir a los Planes de Pensiones de dicho ámbito, y en consecuencia para distinguirlos del Mutualismo.

En este sentido, un sector de la doctrina considera que la referencia que se realiza a técnicas específicas en el concepto de Previsión Social lleva al Tribunal Constitucional a una contradicción, ya que si la Previsión Social únicamente incluye técnicas específicas de protección éstas sólo pueden comprender aquellos mecanismos de protección creados *ad hoc* para la protección de los riesgos sociales típicos, que no son otros que los Seguros Sociales y la Seguridad Social, es decir, técnicas de origen obligatorio y no voluntario, puesto que las voluntarias son precisamente las denominadas «técnicas inespecíficas» <sup>28</sup>, por lo que tanto el Mutualismo como los Planes de Pensiones quedarían excluidos del concepto de Previsión Social y, en consecuencia, comportará que el concepto de Previsión Social resulte insuficiente para distinguir Mutualismo y Planes de Pensiones, lejos de lo que pretende el Tribunal Constitucional ya que llevaría a excluir a ambas técnicas de protección.

Una vez realizadas las valoraciones oportunas sobre la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional sobre el contenido de la Previsión Social, sólo queda por apuntar el ámbito en el cual quedan incluidos según el Alto Tribunal los Planes y Fondos de Pensiones. A este respecto

<sup>27</sup> Vid. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Fundamento Jurídico Sexto.

<sup>28</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Naturaleza jurídica de los Planes de Pensiones y...», *op. cit.* pág. 254.

señalará varios ámbitos materiales en torno a los cuales se justifica la actuación legislativa llevada a cabo por el Estado en detrimento de la actuación de las CCAA. En primer lugar, y por lo que se refiere a los Planes de Pensiones, se considera que por su finalidad y estructura el ámbito más directamente implicado es el mercantil, respecto del cual el Estado es competente para establecer su legislación (art. 149.1.6 CE) ya que se trata de regular el contenido obligatorio de un contrato de esa naturaleza, y junto a ello, otro ámbito afectado es el de los seguros, en relación con el cual, como ocurre con el crédito y la banca, al Estado se le atribuye el establecimiento de las bases para su ordenación, mientras que a las CCAA les corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución de tales normas básicas (art. 149.1.11 CE)<sup>29</sup> y, en segundo lugar, en relación a los Fondos de Pensiones dada su calidad de patrimonios sin personalidad jurídica afectos al cumplimiento de un Plan de Pensiones, integrados por las aportaciones de los miembros de éste más los rendimientos obtenidos de su inversión y destinados a operar en el mercado, algunas de las normas por su contenido quedarán encuadradas no sólo en el marco de la ordenación del crédito, banca y seguros, sino en el más general de la planificación económica, títulos competenciales que al Estado atribuye el artículo 149.1.11 y 13 CE, sin olvidar por supuesto el régimen tributario contemplado en el apartado 14<sup>30</sup>.

Ahora bien, tal posicionamiento del Tribunal Constitucional llevaba a resolver otra cuestión interesante que fue planteada por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña y que también era objeto central de discusión en la STC 66/1998 que resolvió el conflicto positivo de competencias 380/1989 en relación al Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones presentado por el Gobierno Vasco. La cuestión a la que nos referimos es el alcance interpretativo que hay que reconocer a la competencia asumida por el Estado en el establecimiento de «bases de la ordenación del crédito, banca y seguros» (art. 149.1.11 CE).

El Tribunal Constitucional opta tanto en la STC 206/1997, como en la 66/1998, por atribuir un concepto amplio de bases u ordenación básica, «de extraordinaria y hasta incalculable, repercusión cercenadora sobre las potestades autonómicas»<sup>31</sup>, ya que no se excluye la posibilidad de que, aunque de modo excepcional, el concepto de bases se extienda no sólo a la ley formal sino también al reglamento cuando resulten esenciales para garantizar, en todo el territorio nacional, los objetivos que el legislador persigue con la regulación de una materia, en este caso la de los Planes y Fondos de Pensiones, a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley 8/1987, de 8 de junio, lo cual supone anular la actuación normativa de las CCAA en la materia objeto de discusión.

La solución dada por el Tribunal a la cuestión que se plantea ha merecido ciertas críticas doctrinales<sup>32</sup>, ya que se entiende que si bien en el marco de la sentencia 206/1997 puede aceptarse que excepcionalmente puedan regularse ámbitos materiales que merezcan la calificación de

<sup>29</sup> STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Fundamento Jurídico Séptimo, párrafo 1.º.

<sup>30</sup> STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Fundamento Jurídico Séptimo, párrafo 4.º.

<sup>31</sup> RÍOS SALMERÓN, B.: «Las Mutualidades de Previsión Social: ¿competencia estatal o autonómica?. Con reflexiones sobre las normas básicas» en ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo VII. Ed. Civitas. Madrid, 1989, pág. 246.

<sup>32</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Naturaleza jurídica de los Planes y Fondos de Pensiones y distribución de competencia Estado-Comunidades Autónomas (II)» en ALONSO OLEA, M. y MONTÓYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XVI. 1998. Ed. Civitas. Madrid, 1999, págs. 158 y ss.

básicos a través de un reglamento <sup>33</sup>, en el caso de la sentencia 66/1998, «(...) desaparece ese carácter excepcional porque el Tribunal, sin mayor justificación, acepta o asume ese carácter formalmente amplio de las bases en la regulación de los Planes y Fondos de Pensiones(...)» <sup>34</sup>. De hecho, este mismo reproche se contiene en el segundo voto particular que acompaña a la STC 66/1998 <sup>35</sup>, precisamente por ir en contra de la propia doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 197/1996.

En conclusión, las pretensiones planteadas por las CCAA ante el Tribunal Constitucional sobre competencias en materia de Planes y Fondos de Pensiones a través de la STC 206/1997 y la STC 66/1998 no merecieron el reconocimiento al que se aspiraba, anulando prácticamente toda actuación normativa de las CCAA en esta materia.

### 3. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

#### 3.1. El principio de no discriminación.

##### 3.1.1 El alcance del principio de no discriminación en el acceso a un Plan.

- a) El principio de no discriminación en función de la antigüedad del trabajador en la empresa.

Pasando ya al contenido normativo propiamente dicho de los Planes de Pensiones, un aspecto que desde un primer momento ha generado importantes críticas doctrinales es el referido a la configuración jurídica del principio de no discriminación en el acceso a un Plan de Pensiones. En este sentido, originariamente el artículo 5.1 a) LPFP, al referirse a este principio, establecerá que un Plan del sistema de empleo no es discriminatorio cuando la totalidad del personal empleado por el promotor con, al menos dos años de antigüedad, esté acogido o en condiciones de acogerse al citado Plan.

Tal configuración jurídica supone optar claramente por la constitución de Planes a favor de aquellos colectivos que disfrutan de una cierta estabilidad laboral en la empresa frente a aquellos otros trabajadores que prestan sus servicios en condiciones precarias. Es decir, el legislador, a través del establecimiento de un requisito consistente en la existencia de un tiempo mínimo de vinculación con el promotor, restringe las posibilidades de acceder como partícipe de un Plan a todos aquellos trabajadores que cuentan con una relación laboral de naturaleza temporal, mientras que los trabajadores contratados de forma indefinida tendrán mayores posibilidades de formar parte de dicho Plan <sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Vid. STC 206/1997, de 27 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1997). Fundamento Jurídico Octavo.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Naturaleza jurídica de los Planes...», *op. cit.* pág. 159.

<sup>35</sup> Voto particular formulado por los Magistrados don Tomás S. Vives Antón y don Pablo García Manzano.

<sup>36</sup> Estas mismas consideraciones ya fueron puestas de relieve en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Planes y Fondos de Pensiones. De esta manera, algunas de las Enmiendas que fueron presentadas al artículo 5.1 a) LPFP iban dirigidas a eliminar o a mitigar las consecuencias tan negativas que suponía la exigencia de una permanencia mínima en la empresa. En este sentido, la Enmienda Núm. 5, presentada por el Grupo Mixto, proponía que a los trabajadores

Esta crítica es aún mayor, si cabe, a partir de la STS de 3 de marzo de 1999<sup>37</sup> que declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 5.1 RFPF, en el cual se desarrollaba el principio de no discriminación de los Planes de Pensiones del sistema de empleo<sup>38</sup>. En base al contenido del párrafo segundo del artículo 5.1 RFPF era posible la formalización de Planes de Pensiones en los que no se exigiera a los trabajadores una permanencia previa mínima en la empresa para ostentar la condición de partícipes. Sin embargo, al declararse este párrafo como nulo de pleno derecho se cierra la posibilidad apuntada y, tal y como señaló el Tribunal Supremo, según la Ley será necesario que los trabajadores tengan al menos dos años de antigüedad, siendo posible «exigir más de los dos años referidos pero no menos»<sup>39</sup>. Por tanto, según la interpretación que realiza el Tribunal Supremo del artículo 5.1 a) LPFP, no sólo no es posible permitir el acceso a un Plan de Pensiones a un trabajador con una antigüedad inferior a dos años, sino que dicha exigencia es la mínima<sup>40</sup>.

Consideramos que la limitación prevista en el artículo 5.1 a) LPFP es totalmente inapropiada, ya que tal y como ha señalado la doctrina comporta la traslación al ámbito de la protección social del conocido fenómeno de la segmentación del mercado de trabajo<sup>41</sup>, por lo que en este caso los Planes de Pensiones lejos de mitigar la problemática social derivada de la precarización laboral incide aún más si cabe en los efectos perniciosos de la misma.

Por otra parte, si la razón que motiva tal exigencia es la necesidad de una cierta perdurabilidad del vínculo entre promotor y partícipes que sea compatible con el ahorro a largo plazo, lo cual es una característica de esta técnica protectora, resulta cuanto menos sorprendente, en primer lugar, que este requisito venga referido a un momento anterior y no posterior a la participación en el Plan<sup>42</sup>

temporales sólo se les pudiera exigir un año de antigüedad, y la Enmienda Núm. 80, también presentada por el Grupo Mixto, proponía la eliminación de toda exigencia de permanencia mínima, sin distinguir la naturaleza temporal o no de la vinculación existente entre promotor y partícipe. Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. III Legislatura. Serie A. Núm. 7-1, de 17 de noviembre de 1986.

<sup>37</sup> (Ar. 1978). Esta resolución judicial tiene su origen en los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Confederación Sindical de CC.OO., el Colegio Nacional de Agentes de Seguros, la Unión Española de Entidades Aseguradoras, la entidad mercantil «La Sudamericana Compañía de Seguros sobre Vida» y por Don Fernando C.C. contra el RD 1307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

<sup>38</sup> El desarrollo reglamentario del principio de no discriminación fue muy bien recibido desde la vertiente doctrinal, ya que se consideraba que podía producir unos efectos muy positivos en relación con los trabajadores con contratos temporales de duración inferior a los dos años al ofrecerles la oportunidad de participar en un Plan de Pensiones. Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Comentario al Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones». *Relaciones Laborales*, vol. I/1998, pág. 1.013 y REGUERO CELADA, J.: «Aspectos jurídico-laborales de los Planes y Fondos de Pensiones». *Relaciones Laborales*, núm. 4/1991, pág. 28, nota 34.

<sup>39</sup> STS de 3 de marzo de 1999 (Ar. 1978). Fundamento de Derecho Séptimo.

<sup>40</sup> No es esta la opinión mantenida por AA.VV.: *La exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios*. Ed. Confederación Sindical de CC.OO. Madrid, 2000, pág. 46; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Comentarios a la Ley sobre Planes y Fondos de Pensiones». *Relaciones Laborales*, vol. II/1987, pág. 1.027 y SEGALÉS FIDALGO, J.: «El contenido del principio de no discriminación en la regulación sobre planes y fondos de pensiones». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13/1994, pág. 91, que entienden que el requisito de antigüedad previsto en el artículo 5.1 LPFP para el acceso a un Plan de Pensiones del sistema de empleo es siempre una exigencia facultativa y máxima.

<sup>41</sup> 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. 33.

<sup>42</sup> Este requisito, inicialmente, estaba previsto en el artículo 8.6 del Proyecto de ley de regulación de los Fondos de Pensiones, donde se establecía una vinculación obligatoria a un Plan de como mínimo diez años. Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. III Legislatura. Serie A. Núm. 7-1, de 17 de noviembre de 1986.

y, en segundo lugar, que no se haya previsto un requisito igual o parecido en los supuestos de Planes de Pensiones del sistema individual y del sistema asociado, en los cuales el instrumento básico de desarrollo sigue siendo el ahorro a largo plazo <sup>43</sup>.

Estas valoraciones críticas han encontrado respuesta en la última reforma de la LPFP llevada a cabo por la Ley 24/2001, aunque se trata de una respuesta un tanto insatisfactoria ya que la exigencia de contar con una antigüedad previa en la empresa para poder acceder a un Plan de Pensiones sigue existiendo, si bien la norma ahora permite una aplicación más flexible. El nuevo redactado dado al artículo 5.1 a) LPFP establece que «Un plan del sistema de empleo será no discriminatorio cuando la totalidad del personal empleado por el promotor esté acogido o en condiciones de acogerse al citado plan, sin que pueda exigirse una antigüedad superior a dos años para acceder a aquél. Cualquier plan del sistema de empleo podrá prever el acceso con una antigüedad inferior o desde el ingreso en la plantilla del promotor». Por tanto, aunque no se elimina el requisito de la antigüedad, al menos a partir de ahora aparece claramente como un requisito facultativo, por lo que podrá ser objeto de negociación su inclusión o no y, además, la antigüedad de dos años se configura como el período máximo que podrá establecerse para limitar el acceso a un Plan y no como un período mínimo como señalaba el Tribunal Supremo.

b) El principio de no discriminación en función de la modalidad contractual.

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, la conclusión a la cual deberíamos llegar en relación al alcance que tiene el principio de no de discriminación en el acceso a un Plan de Pensiones del sistema de empleo es que la limitación de dos años es posible siempre y cuando no se establezca nada en contrario en las cláusulas del Reglamento del Plan de Pensiones, siendo de aplicación dicho requisito, ya que nada establece en ese sentido la normativa reguladora de esta técnica de protección social, a todos los componentes de la plantilla de la entidad promotora del plan, sin que sea posible realizar ningún otro tipo de distinción adicional.

No es ésta, sin embargo, la postura mantenida desde las instancias judiciales, ya que en las ocasiones en que han tenido la oportunidad de analizar el contenido del principio de no discriminación los Tribunales se han decantado por considerar ajustado a derecho limitar la aplicación del requisito de permanencia mínima contenido en el principio de no discriminación a los trabajadores temporales, confirmando el texto de ciertos reglamentos del Planes de Pensiones del sistema de empleo que expresamente exigen únicamente a los trabajadores temporales una antigüedad mínima de dos años, dejando totalmente al margen de dicha exigencia a los trabajadores indefinidos de nueva incorporación, los cuales en estas circunstancias, evidentemente, tampoco cumplen con los requisitos de permanencia exigidos a los trabajadores temporales <sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Vid. SEGALÉS FIDALGO, J.: «El contenido del principio de no discriminación...», *op. cit.* pág. 90.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, en el Reglamento del Plan de Pensiones del Banco Exterior de España, que se aprobó por medio del XV Convenio Colectivo del Banco Exterior de España, S.A., en el artículo 6, al hacer mención a los requisitos de permanencia que deben cumplir los trabajadores que componen la plantilla de la empresa se hace mención únicamente a los trabajadores temporales señalando que éstos tendrán la condición de partícipes una vez alcanzados dos años de prestación de servicios.

El establecimiento de un trato diferente en el acceso a un Plan de pensiones, que no viene previsto expresamente por la ley, es un tema que suscita importantes dudas jurídicas, puesto que si bien, como se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, el principio de igualdad y no discriminación no implica un trato homogéneo e indiferenciado para todos los ciudadanos y en todas las circunstancias, también se ha apuntado por este mismo Alto Tribunal que para poder aceptar un trato diferenciado se va a exigir que existan criterios suficientemente objetivos y/o razonables que puedan justificar la existencia de dicha diferenciación <sup>45</sup>.

Es evidente que esta doctrina es también de aplicación en el caso de que la diferenciación de trato tenga su origen en la naturaleza del vínculo contractual y de hecho encontramos pronunciamientos constitucionales que hacen expresa referencia a dicho supuesto y a la necesidad de que existan causas justificativas de la razonabilidad y/o proporcionalidad de la desigualdad de trato <sup>46</sup>. Por lo tanto, será necesario estudiar los argumentos alegados desde las instancias judiciales para mantener la diferenciación en el acceso de los trabajadores temporales y trabajadores indefinidos a un Plan de Pensiones del sistema de empleo y valorar si cumplen con el grado de razonabilidad y/o proporcionalidad necesaria para mantener el trato desigual entre ambos colectivos de trabajadores.

Los argumentos utilizados por los diferentes tribunales para mantener la limitación del acceso a los trabajadores temporales hasta alcanzar una antigüedad mínima de dos años se basan en la incompatibilidad del vínculo temporal de los contratos de trabajo con el sistema de funcionamiento ordinario del Plan de Pensiones. En este sentido, se entiende que no resulta indiferente para el acceso a un Plan de Pensiones las condiciones de vinculación de trabajadores fijos y temporales, teniendo en cuenta que éste es un instrumento de ahorro a largo plazo en el que cuentan significativamente las previsiones de duración del vínculo contractual, en los que la permanencia y estabilidad se entienden como características imprescindibles en un Plan de Pensiones <sup>47</sup>.

Al tratarse de la misma argumentación que se utiliza para justificar la formulación general del principio de no discriminación de los Planes de Pensiones del sistema de empleo y de la exigencia de una permanencia mínima en la empresa de dos años, ello podría llevar a considerar que si dichos razonamientos permitían admitir conforme a derecho el contenido del principio de no discriminación previsto en la LPFP, de la misma forma pueden ser considerados adecuados para justificar la limitación del acceso a un Plan de Pensiones únicamente a los trabajadores temporales.

No es ésta, sin embargo, nuestra opinión, ya que el supuesto ahora tratado varía sustancialmente respecto al supuesto que inicialmente ha sido objeto de estudio. A este respecto debe recordarse que el principio de no discriminación y la exigencia de una antigüedad mínima abarca a la totalidad de los empleados sin distinción alguna, por lo que aún manteniendo importantes reticencias sobre el mantenimiento de este requisito que ya hemos manifestado con anterioridad, no se produce un tratamiento desigual entre diferentes colectivos de empleados de un mismo promotor, ya que

<sup>45</sup> Para un estudio en profundidad sobre el contenido del principio de igualdad y no discriminación en el marco de las relaciones laborales, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y no discriminación*. Ed. Tecnos. Madrid, 1986.

<sup>46</sup> *Vid.*, por ejemplo STC 52/1987, de 7 de mayo de 1987 y STC 136/1987, de 22 de julio.

<sup>47</sup> *Cfr.* STS de 26 de enero de 1993 (Ar. 270). Fundamento Jurídico Tercero, por la que se confirma en casación la SAN 102/1991, de 3 de julio (AS 4163). Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto.

a todos les será de aplicación el mismo requisito aunque las consecuencias pueden ser muy diferentes para cada uno de los potenciales partícipes. Sin embargo, en el supuesto que ahora tratamos se parte de una diferenciación «ab initio», se trata de establecer la exención en favor de determinados empleados del cumplimiento de un requisito que en principio es de aplicación a la totalidad de la plantilla y basados única y exclusivamente en la naturaleza del vínculo contractual que une a un trabajador con su empresario.

El fundamento jurídico utilizado por las instancias judiciales resulta insuficiente para admitir esta diferenciación porque dicho razonamiento suscita importantes dudas al respecto, ya que por ejemplo, si tal y como se afirma la permanencia y estabilidad en un Plan de Pensiones resulta imprescindible para su correcto funcionamiento sorprende que ni la LPFP, ni el RFPF hayan previsto la exclusión de los trabajadores temporales del ámbito subjetivo general de los Planes de Pensiones del sistema de empleo, ya que si el vínculo temporal es incompatible con el funcionamiento de un Plan de Pensiones, el hecho de que un trabajador temporal cuente con una antigüedad de dos años o más no da una mayor garantía de permanencia en el Plan, puesto que su relación sigue igualmente siendo de duración determinada <sup>48</sup>.

Asimismo, si el elemento clave para sustentar el trato desigual entre trabajadores temporales e indefinidos es la de garantizar la estabilidad del plan, la naturaleza del vínculo contractual de los trabajadores no siempre puede garantizar dicha estabilidad y puede llevar a que se produzcan resultados sumamente injustos para los sujetos afectados, como puede ser por ejemplo que un trabajador contratado de forma indefinida pero sometido a un período de prueba que finaliza con la extinción del contrato acceda desde un primer momento como partícipe de un Plan de Pensiones y un trabajador contratado temporalmente para sustituir a un trabajador por excedencia forzosa por designación de un cargo público o un trabajador contratado para la realización de una obra o servicio determinado, vea limitado su acceso a un Plan durante dos años <sup>49</sup>.

La permanencia y estabilidad que aparecen como elementos intrínsecos a la naturaleza de los Planes de Pensiones y a los que se alude de forma reiterada por parte de los tribunales parece hacerse depender de la permanencia y estabilidad de los partícipes como empleados en una empresa, sin embargo el funcionamiento de dichos planes se aleja en muchas ocasiones de dicha vinculación.

Resulta en este sentido sorprendente que la formulación del principio de no discriminación de los Planes del sistema de empleo establezca un requisito de permanencia en la empresa que venga referido a un momento anterior al acceso de un sujeto como partícipe de un plan de pensiones y no a un momento posterior. Es decir, si lo que se pretende es que no se produzcan excesivas bajas en un Plan de Pensiones hubiera sido más acertado, a nuestro modo de ver, el establecimiento de un período mínimo de permanencia como partícipe de un Plan de Pensiones, que la exigencia de una antigüedad mínima en la empresa previa al acceso al plan, que en ningún caso garantiza el mantenimiento de la condición de partícipe durante un período de tiempo mínimo.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Planes y Fondos de Pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico». *Relaciones Laborales*, vol. I/1992, pág. 494.

<sup>49</sup> *Ibid.*, págs. 494 y 495.

Por otra parte, la incidencia que puede tener en un Plan de Pensiones la extinción del contrato de trabajo de uno de sus partícipes no es siempre tan relevante como parecen querer otorgar los tribunales, ya que no debemos olvidar que las aportaciones se realizan a un fondo de pensiones que es externo e independiente de las empresas promotoras de los Planes <sup>50</sup>. Un fondo de pensiones que, además, puede ser de carácter abierto, por lo que el patrimonio puede estar formado por los montantes económicos provenientes de otros muchos Planes, con lo cual la separación entre el Plan y el Fondo es todavía mayor y, es más, puede darse incluso el supuesto que el cambio de la condición de partícipe de un Plan a otro no tenga trascendencia alguna al Fondo de Pensiones si ambos Planes forman parte del mismo Fondo.

Las reticencias que los trabajadores temporales suscitan a este respecto, tendría una cierta razón de ser si existiera un derecho general al rescate de los derechos consolidados del partícipe, supuesto que sólo se contempla de forma excepcional en casos de enfermedad grave o desempleo de larga duración <sup>51</sup> o para el caso de movilización de los derechos a otro plan. Es más, la pérdida de la vinculación laboral del partícipe con el promotor del plan no supone necesariamente la pérdida de la condición de partícipe, puesto que la normativa reguladora contempla la figura del partícipe en suspenso, y por medio de este supuesto puede permanecer y participar en el Plan en las condiciones fijadas por el reglamento de dicho Plan.

Por otra parte, y dando la vuelta al argumento anterior, si realmente la permanencia y la estabilidad de los partícipes fuera tan trascendente en el funcionamiento general del Plan de Pensiones resultaría contraproducente que el legislador haya previsto desde un primer momento la posibilidad de movilizar los derechos consolidados de un partícipe con el objeto de integrarlos en otro Plan diferente (art. 8 LPFP), lo cual lejos de favorecer la permanencia en el Plan propicia el efecto contrario <sup>52</sup>.

Tampoco apoyan las argumentaciones jurisprudenciales que son objeto de estudio los criterios de organización financiera de los Planes de Pensiones. El principio de capitalización (art. 5 LPFP), implica que las prestaciones que se generarán para cada uno de los beneficiarios de un Plan de Pensiones derivarán del capital que acumule cada partícipe en base a las aportaciones realizadas y del interés que dichas aportaciones vaya generando. Este sistema financiero permite que la trascendencia que pueda tener el grado de permanencia o estabilidad de los partícipes sea ciertamente relativa en el funcionamiento global del Plan y que, por tanto, un Plan pueda asumir sin dificultades las variaciones de la situación laboral de los trabajadores <sup>53</sup>.

Tal y como apunta la doctrina, la permanencia y estabilidad de los partícipes resulta fundamental cuando nos encontramos ante sistemas de protección social basados en el principio de reparto y en el de solidaridad intergeneracional, como es el caso de nuestro sistema de la Seguridad Social,

<sup>50</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.* pág. 36.

<sup>51</sup> La posibilidad de hacer efectivos los derechos consolidados de los partícipes en su totalidad o en parte en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración son incorporados al texto del RFPF con ocasión de la aprobación del RD 1589/1999, de 15 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el RD 1307/1988, de 30 de septiembre.

<sup>52</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los Planes y Fondos de Pensiones...», *op. cit.* pág. 496.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pág. 495.

en los cuales las aportaciones de los contribuyentes resultan indispensables para determinar el nivel de las prestaciones a que tendrán derecho los beneficiarios actuales <sup>54</sup>. Incluso se podría defender la trascendencia de la permanencia y estabilidad de los partícipes en los supuestos en que nos encontremos con sistemas de protección social basados en el principio de capitalización de carácter colectivo, ya que en estos casos puede identificarse claramente un importante grado de solidaridad entre todos los partícipes del correspondiente sistema de protección social del que se trate, ya que en estos casos la financiación de las prestaciones de cada beneficiario se realiza de modo conjunto por parte de todos los partícipes, de tal manera que en estos casos no tiene necesariamente que existir una relación de proporcionalidad o equivalencia entre contribuciones y prestaciones percibidas. Sin embargo, la financiación a través de sistemas de capitalización colectiva es una posibilidad que si bien originariamente venía prevista por la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones excepcionalmente para el sistema de empleo, tal posibilidad fue eliminada tras las modificaciones introducidas en el RPPF con ocasión de la aprobación del RD 1589/1999, de 15 de octubre, de tal manera que en estos momentos el único sistema de financiación admisible es el de capitalización individual <sup>55</sup>.

### 3.1.2. El alcance del principio de no discriminación en la fijación de las condiciones de contratación del Plan.

- a) Las diferentes aportaciones del promotor a los trabajadores de un mismo Plan.

La normativa reguladora de los Planes de Pensiones ha permitido desde un primer momento que el promotor pueda establecer un trato diferente en la imputación de aportaciones entre los trabajadores de un mismo Plan, entendiéndose, de esta forma, que el principio de no discriminación en la determinación de las condiciones de un Plan no es equivalente a la existencia de condiciones homogéneas para todos los partícipes del mismo. No obstante esta posibilidad, admitida primero a través del artículo 5.3 RPPF y actualmente a través de la nueva redacción del artículo 5.1 LPFP, se ha condicionado siempre a la existencia de unos criterios objetivos que justifiquen la diferenciación de aportaciones y a su aceptación por la plantilla mediante el correspondiente acuerdo.

Respecto a los criterios objetivos que inicialmente se preveían en la normativa sobre Planes de Pensiones, el artículo 5.3 RPPF establecía como tales la edad del partícipe, el salario según convenio, retribuciones satisfechas en concepto de rendimientos de trabajo o diferencias entre dichas retribuciones y las bases de cotización del sistema público de pensiones, los servicios pasados, complemento requerido sobre prestación del sistema público de pensiones hasta cubrir la totalidad o una fracción de la última remuneración activa o del promedio de las últimas remuneraciones activas para el período que fije el Plan de Pensiones y aportaciones directas del propio partícipe <sup>56</sup>.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Así quedó expresamente previsto en el artículo 8.2 RPPF al señalar que «En los planes de pensiones sólo será admisible la utilización de sistemas financieros y actuariales de capitalización individual». Actualmente esta previsión se contempla en el artículo 19.2 del nuevo RPPF.

<sup>56</sup> En términos parecidos se expresa el artículo 16 a) del nuevo RPPF.

Hay que señalar que tales criterios han merecido importantes críticas doctrinales, todas en una misma línea <sup>57</sup>, al considerar que la aplicación de la mayoría de ellos favorecen a aquellos trabajadores que disfrutaban de mejores condiciones de trabajo, lo cual pone en serias dudas que este sistema de protección social se dirija por igual a la protección de todos los empleados de una empresa. No obstante estas críticas, las ocasiones en que se han planteado dudas sobre la aplicación de alguno de estos criterios, la solución ofrecida por los tribunales ha sido favorable a su utilización <sup>58</sup>.

Un aspecto en el que sí ha existido acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia es sobre el alcance interpretativo que hay que dar a la enumeración de criterios prevista en el artículo 5.3 RPPF y, en este sentido, si bien se considera que tal precepto admite la diferenciación de aportaciones, se entiende que tal interpretación no puede llevar en ningún caso a que el promotor de un plan no realice aportaciones a determinados trabajadores.

Esta cuestión se planteó con ocasión de la SAN de 3 de julio de 1991 (AS 4163), la cual se pronunció claramente a favor de la admisión de que en un Plan de Pensiones el promotor pudiera realizar exclusivamente aportaciones en favor de los trabajadores indefinidos durante un determinado período de tiempo, alegándose la falta de identidad de los colectivos afectados, es decir, trabajadores temporales y trabajadores indefinidos, y la contradicción a la que llevaba un mismo trato en el marco de una institución previsional de naturaleza permanente como son los Planes de Pensiones. Tales consideraciones fueron rectificadas por el Tribunal Supremo por medio de la sentencia de 26 de enero de 1993 (RJ 270), al entender que el artículo 5 RPPF obliga al promotor de un plan a realizar siempre aportaciones, con la única especialidad de poder retrasar un año el comienzo del pago en los casos de planes de aportación definida.

#### b) La articulación de subplanes.

Ahondando en el tema de las diferenciaciones entre trabajadores de un mismo plan encontramos la posibilidad de constituir los llamados subplanes dentro de un Plan de Pensiones del sistema de empleo.

La figura de los subplanes ha generado desde un principio una importante polémica jurídica, en primer lugar, por una cuestión de fondo que es la posible colisión de esta figura con el principio de no discriminación y, en segundo lugar, por una cuestión de forma, que es el modo en que se prevé su constitución por la normativa reguladora.

Los subplanes aparecen previstos por primera vez en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones con ocasión de la aprobación del RD 1307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, siendo los artículos 5.4 y 6.2 los encargados de dar contenido a esta nueva figura.

<sup>57</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996, págs. 175 y 176.; ROMERO BURILLO, A.M.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.*, págs. 251 a 253; SUÁREZ CORUJO, B.: *Los Planes de Pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2003, págs. 419 a 423.

<sup>58</sup> *Vid.*, por ejemplo, STS de 10 de junio de 1996 (AL 1571) y STSJ (Aragón) de 17 de septiembre de 2001 (AS 2026).

A este respecto, el artículo 5.4 RPPF admite que en base a la diversificación de aportaciones del promotor y mediante la existencia de subplanes, los trabajadores de una empresa se puedan agrupar en diversos colectivos, produciéndose, de este modo, la diversificación del estatuto protector de los partícipes según el subplan al que se pertenezca.

Esta diversificación abarcará no sólo la que se deriva de los criterios diferenciadores previstos en el artículo 5.3 RPPF, sino que también vendrá dada por otros elementos que el artículo 5.4 RPPF ha previsto en el caso de que se acuerde la existencia de subplanes y que se concretan, por un lado, en la posibilidad de que un mismo partícipe pueda formar parte de varios subplanes y, por otro lado, en la posibilidad de acordar dentro de un mismo Plan de Pensiones la existencia de subplanes de modalidades diferentes, de tal forma que en un mismo Plan de Pensiones podríamos encontrarlos con subplanes de prestación definida, de aportación definida y/o de naturaleza mixta <sup>59</sup>.

La heterogeneidad de protección que se alcanza con la incorporación de subplanes en un Plan de Pensiones rompe definitivamente con la concepción generalista y unitaria de los Planes de Pensiones del sistema de empleo llegando a la «categorización» de los Planes de Pensiones <sup>60</sup>, puesto que si todas estas diferencias se hacen efectivas difícilmente se puede afirmar que un Plan de Pensiones abarca con la misma finalidad e intensidad a todos los partícipes del mismo e incluso permite plantearse hasta que punto no resultan o pueden resultar discriminatorias la diferenciaciones permitidas con la existencia de subplanes <sup>61</sup>.

A estas consideraciones de fondo deben sumarse las nada despreciables valoraciones formales apuntadas desde la doctrina y que consideraron que la introducción de esta figura suponía una extralimitación de las competencias que tiene atribuidas el Gobierno a la hora de desarrollar una Ley por medio de un Reglamento Ejecutivo <sup>62</sup>.

En la LPFP no se había previsto expresamente la figura de los subplanes, ni cualquier otra figura, puesto que la Ley simplemente se limitaba a hacer mención a los requisitos que se van a exigir a un trabajador para que pueda participar en un Plan de Pensiones, por lo que se puede entender que la Ley no había habilitado al Gobierno para establecer divisiones en un Plan de Pensiones del sistema de empleo de la índole a la que se refiere un Subplan, e incluso a través de este mismo argumento formal se podría poner en tela de juicio la adecuación legal de la existencia de ciertos criterios diferenciadores de las aportaciones que puede realizar el promotor en favor de los partícipes de un Plan.

<sup>59</sup> Cfr. Artículo 5.4 *in fine* RPPF.

<sup>60</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Comentario al Reglamento...», *op. cit.* pág. 1.014, considera que la existencia de subplanes supone una especie de reconocimiento de las franjas dentro de los Planes de Pensiones del sistema de empleo.

<sup>61</sup> Originariamente, estas diferenciaciones resultaban incluso más patentes ya que se había previsto un artículo 5.5 en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones en el que se establecía que «resultará admisible un Plan que integre exclusivamente a una parte del colectivo empleado, siempre que tal Plan se haya visto refrendado por la negociación colectiva prevista en el número tres anterior». Dada la controversia que supuso el contenido de este apartado 5.º y a través de la recomendación que realizó el Consejo de Estado con ocasión del Dictamen emitido sobre el Proyecto de Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, el apartado 5.º desapareció de la redacción definitiva de este Reglamento.

<sup>62</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Comentario al Reglamento...», *op. cit.* pág. 1.014; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los planes de pensiones...*, *op. cit.* pág. 45 y REGUERO CELADA, J.: «Aspectos jurídico-laborales...», *op. cit.* pág. 31. En opinión del profesor GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los planes y fondos...», *op. cit.* pág. 99, si bien es cierto que la Ley no prevé expresamente la existencia de Subplanes, tampoco los prohíbe; simplemente no los menciona. Y la especificación del Reglamento puede ser entendida como un desarrollo normal de la Ley a la búsqueda de una aplicación operativa de la misma.

Las dudas suscitadas en torno a la extralimitación del Gobierno a través de su potestad reglamentaria en el desarrollo de la LPFP llevó a que con ocasión de la aprobación de la LOSSP (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado), la Disposición Adicional Undécima, número 1 incluyera la modificación del artículo 4.1 LPFP incorporando un último párrafo a este precepto de la Ley que disponía la admisión de la figura de los Subplanes en los mismos términos previstos en el artículo 5.4 RPPF. Con dicha reforma se pretendían subsanar los defectos formales derivados del contenido del artículo 5.4 RPPF y zanjar definitivamente la polémica doctrinal creada en torno a la legalidad o no de la figura de los Subplanes.

No obstante, la figura de los subplanes volverá a ser objeto de análisis, en este caso por parte de la Jurisprudencia, y así será concretamente el TS en la sentencia de 3 de marzo de 1999<sup>63</sup> cuando abordará el análisis de los Subplanes, sentencia dictada con ocasión del recurso contencioso-administrativo que será interpuesto entre otras entidades por la Confederación de Comisiones Obreras, la cual impugna el contenido del apartado 5.4 RPPF.

Los argumentos alegados por el sindicato para solicitar la nulidad del apartado 5.4 RPPF, ya han sido mencionados: en primer lugar, se entendía que el establecimiento de subplanes no se ajustaba a lo previsto por la LPFP ya que mientras la Ley permitía la adecuación a la diversidad objetiva y agrupada del colectivo, el Reglamento proponía en su artículo 5.4 una definición objetiva de grupos, cuyo efecto más importante es la corporativización de la gestión de los Planes de Pensiones, en segundo lugar, se consideraba que se creaba una figura nueva, al margen de la negociación colectiva, no autorizada por la Ley y que representaba una creación «ex novo» que superaba el marco de la legalidad, en tercer lugar, los subplanes diseñados por las normas reglamentarias se configuraban como entes jurídicos propios dentro del Plan y, finalmente, se consideraba que los subplanes en lugar de constituir tratamientos diferenciados de la realidad del colectivo, se convertirían en elementos transformadores de esa realidad dividiendo al colectivo en grupos prácticamente independientes<sup>64</sup>.

Los argumentos presentados por la representación sindical fueron muy bien acogidos por el Tribunal Supremo, hasta el punto de admitir la impugnación realizada por CC.OO. y declarar nulo el apartado 4.º del artículo 5 RPPF.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que en principio todo Plan de Pensiones en la medida en que se trata de un contrato colectivo de previsión de naturaleza asociativa permite, dentro de los límites de la Ley, establecer prestaciones y aportaciones distintas para unos y otros partícipes, según las circunstancias concurrentes en ellos y, por lo tanto, resulta innegable que los Planes de Pensiones no pueden ser absolutamente igualitarios, es decir, que todas las aportaciones y prestaciones sean idénticas en cifras absolutas<sup>65</sup>. Sin embargo, entiende que la Ley se innova, sin apoyo legal alguno, al crear el concepto de subplanes, que no se compagina con la existencia de un solo contrato asociativo de constitución de un Plan de Pensiones, en el que caben todas las especificaciones y tratamientos precisos para recoger las diferencias existentes en el colectivo de partícipes y beneficiarios y sus circunstancias siempre que se respete el principio de no discriminación, pero lo

<sup>63</sup> Ar. 1978.

<sup>64</sup> Cfr. STS de 3 de marzo de 1999. (Ar. 1978). Fundamento de Derecho Séptimo. Párrafo Cuarto.

<sup>65</sup> Cfr. STS de 3 de marzo de 1999. (Ar. 1978). Fundamento de Derecho Séptimo. Párrafo Sexto.

que no es posible es admitir por vía reglamentaria, dentro del Plan, a modo de subcontratos o vice-contratos, los denominados Subplanes, a los cuales, además, se les dota de una base corporativa propia, incluso con sus correspondientes colegios electorales <sup>66, 67</sup>.

Por último, el TS aclara que la falta de cobertura legal del apartado 4 del artículo 5 del Reglamento si bien ha sido subsanada por la Disposición Adicional Undécima de la LOSSP, esta nueva norma legal no sólo carece de todo efecto retroactivo, sino que en esta cuestión ha venido a ratificar plenamente la carencia de cobertura legal del precepto anulado <sup>68</sup>.

Al margen de este pronunciamiento judicial y de los efectos derivados del mismo, la figura de los subplanes se mantendrá en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones, siendo objeto de modificación en la última reforma llevada a cabo de la LPFP en el año 2001.

La nueva normativa incide, desde nuestro punto de vista, todavía más en las dudas suscitadas entre la doctrina sobre la compatibilidad de la existencia de esta figura con el principio de no discriminación. Si hasta ahora la existencia de subplanes organizados a través de la negociación colectiva se consideraba que introducía una importante excepción al alcance del genérico principio de no discriminación, pues ello permitía el trato desigual dentro de un colectivo de trabajadores que se encuentran adscritos a un mismo Plan general, mayores riesgos de discriminación pueden plantearse si los criterios de organización de los subplanes se pueden acordar a través de pactos adoptados por sujetos que no tiene por qué representar los intereses generales de los trabajadores o empleados que son los destinatarios potenciales de un Plan <sup>69</sup>.

### 3.2. El principio de exteriorización de los compromisos por pensiones.

La exteriorización de los compromisos por pensiones es un principio que si bien ya se encuentra presente en la primera redacción de la LPFP de 1987, no se incorpora con toda su eficacia a dicho texto normativo hasta las modificaciones introducidas en la LPFP con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1995, Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por medio de la nueva redacción de la Disposición Adicional Primera de la LPFP <sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Cfr. STS de 3 de marzo de 1999. (Ar. 1978). Fundamento de Derecho Séptimo. Párrafo Séptimo.

<sup>67</sup> Así venía previsto en el artículo 22.3 e) RPPF, que congruentemente fue anulado como consecuencia de la previa anulación de los preceptos del RPPF que hacían referencia a la figura de los Subplanes. *Vid.* STS de 3 de marzo de 1999 (Ar. 1978). Fundamento de Derecho Noveno.

<sup>68</sup> Cfr. STS de 3 de marzo de 1999. (Ar. 1978). Fundamento de Derecho Séptimo *in fine*.

<sup>69</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: «El texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de «reforma social». *Revista de Derecho Social*, núm. 22/2003, pág. 55; ROMERO BURILLO, A.M.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.* pág. 258.

<sup>70</sup> Inicialmente, la exteriorización de los compromisos por pensiones venía prevista en la LPFP como una posibilidad (Disp. Trans. 1.ª de la Ley 8/1987) acompañada, eso sí, de ciertas ventajas fiscales dirigidas a incentivar la transformación de los fondos internos de previsión de las empresas en fondos externos en un plazo de tiempo determinado. Sin embargo, los resultados obtenidos tras la finalización del plazo que se había previsto para la transformación de los fondos internos obligó al legislador a optar por el establecimiento de una cláusula de naturaleza obligatoria, que fue la que se introdujo con la aprobación de la LOSSP.

La incorporación de este principio al texto de la LPFP obligará a todas aquellas empresas que hayan pactado con sus trabajadores el pago de pensiones adicionales a las otorgadas por la Seguridad Social a través de fondos internos de la misma, o instrumentos similares, a separar dichos fondos del patrimonio económico de la empresa a través de un Plan de Pensiones, un contrato de seguro o ambos a la vez, prohibiendo, al mismo tiempo a las empresas a partir de ese momento, la utilización de fondos internos o fórmulas análogas para la financiación de medidas de protección social complementaria. Asimismo, con esta previsión, el gobierno español dará por cumplida la obligación de transposición de la Directiva 80/987/CEE relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (art. 8) <sup>71</sup>.

Esta obligación de exteriorización, no obstante, no se ordenará ni de manera inmediata ni con carácter general para todas las empresas sino que la propia LOSSP preveerá un régimen transitorio de acomodación a la nueva exigencia normativa que se recogerá en las Disposiciones Transitorias 14.<sup>a</sup>, 15.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup> y, posteriormente en el RD 1588/1999, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, lo cual va a generar ciertas dudas interpretativas que intentarán resolverse por vía judicial.

A este respecto, la problemática abordada por los órganos judiciales se enmarca dentro del régimen de excepciones al principio de exteriorización de los compromisos por pensiones recogido en la DA 1.<sup>a</sup> LPFP, en virtud de la cual se establece en la DT 14.<sup>a</sup>, párrafo 2.<sup>o</sup> de la LOSSP la posibilidad de que las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores mantengan en fondos internos los compromisos por pensiones asumidos con su personal antes del 10 de mayo de 1996.

Esta excepción se ha justificado principalmente en base a tres razones, por un lado, en virtud de que las entidades afectadas por este régimen de exención actúan en sectores regulados y sometidos a la supervisión de un órgano de control, lo cual redundará en la garantía de solvencia que persigue el principio de exteriorización de los compromisos por pensiones y porque son entidades especialistas y concentran su actividad típica, precisamente, en la administración y gestión de fondos y, en su caso, en la valoración y cobertura de riesgos <sup>72</sup>, por otro lado, porque esta exención está condicionada al cumplimiento de numerosas exigencias previstas en los artículos 39, 40 y 41 del RD 1588/1999 <sup>73</sup> y, finalmente, porque este régimen es transitorio y no afecta a los compromisos futuros que puedan establecerse por estas entidades.

<sup>71</sup> La doctrina viene señalando que el principio de exteriorización previsto en la LPFP supone únicamente una transposición parcial de la Directiva y se vienen reclamando la adopción de otras medidas en las que se produzca una mayor implicación de los poderes públicos en los supuestos de insolvencia empresarial que afecten a las prestaciones ordenadas en el marco de sistemas voluntarios de protección social. *Vid.*, en este sentido, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, *op. cit.* págs. 39 a 43; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: *Flexibilidad y compromisos por pensiones*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, pág. 133; GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras...*, *op. cit.*, pág. 274; GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Garantía pública de las pensiones de Seguridad Social complementaria: la no transposición de la Directiva 80/987/CEE y las posibilidades para su aplicación judicial inmediata o directa». *Relaciones Laborales*, núm. 3/1995; LUQUE PARRA, M.: «La insolvencia de los Planes y Fondos de Pensiones: adaptación de la normativa interna a la Directiva 80/1987/CEE, tras la promulgación de la Ley 30/1995» en AA.VV.: *Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*. Ed. MTSS. Madrid, 1997; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.* págs. 133 a 148 y ROMERO BURILLO, A.M.: *Los Planes de Pensiones...*, *op. cit.* pág. 283 y 284.

<sup>72</sup> *Cfr.* Exposición de Motivos del Real Decreto 1588/1999, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios.

<sup>73</sup> Para un estudio de estas exigencias *vid.*, entre otros, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas...*, *op. cit.* págs. 74 a 81 y FONT DE MORA SAINZ, P.; PALOMO ZURDO, R.J.; ARIAS GONZÁLEZ, A. y REY PAREDES, V.: *Planes de Pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, págs. 129 a 133.

En cualquier caso, con independencia de que se compartan o no los argumentos que justifiquen esta exención, lo cierto es que la norma no se detuvo en concretar la naturaleza jurídica de los fondos y, en consecuencia, si debían seguir considerándose de naturaleza interna o si por el contrario, a pesar de la no exteriorización, debían considerarse como fondos externos. Sin duda la solución dada a esta cuestión no es baladí, ya que debemos recordar que el régimen jurídico varía sustancialmente según cuál sea la naturaleza del fondo, sobre todo en relación a los derechos de disponibilidad que se reconocen a los trabajadores.

Hay que señalar que son diversas las sentencias que han analizado dicha problemática ofreciendo diversos argumentos a favor y en contra de la aplicación de la normativa sobre planes y fondos de pensiones. Entre ellas, cabe destacar, en primer lugar, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 28 de Barcelona, de 8 de noviembre de 1999 <sup>74</sup>, en la cual se reconocerá el derecho a unos trabajadores de «La Caixa» afectados por un despido improcedente al rescate de los derechos consolidados en el fondo interno de la empresa hasta la fecha de la extinción de la relación laboral. Los argumentos que avalarán dicha solución se basan en la aplicación del artículo 48 del TCE (actual art. 39) relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea. En este sentido, se defiende que el artículo 48 TCE es de aplicación directa no sólo a la normativa pública sino también a la normativa privada y que la pérdida por parte de los trabajadores de los derechos sobre las aportaciones realizadas al sistema de previsión cuando se extingue el contrato de trabajo produce un efecto disuasorio sobre los cambios de entidad, dentro de la Unión Europea y, en consecuencia, ello supone una traba a la libre circulación de trabajadores <sup>75</sup>.

Este mismo argumento fue planteado por los consejeros de CC.OO. y UGT del CES a través de un voto particular en el Dictamen emitido sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento sobre instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios y que modifica el reglamento de planes y fondos de pensiones. A este respecto se proponía la inclusión de un nuevo apartado 3 del artículo 38 en el que se estableciera el derecho a la movilización de los compromisos por pensiones que tuvieran los trabajadores con sus empresas en caso de que se mantuvieran los fondos internos en los supuestos de cese o extinción laboral en los mismos términos que si se tratara de derechos vinculados a fondos externalizados <sup>76</sup>. Tal propuesta se basaba en la consideración de los perjuicios que podían derivarse sobre derechos de movilidad personal de los trabajadores, limitándose, en este sentido, la libre circulación de trabajadores entendida según la doctrina de la Unión Europea.

Se entiende en este caso que un trabajador de una empresa de los sectores de banca, ahorro, seguros o sociedades de valores cuyo compromiso de pensión se mantenga en un fondo interno no puede cambiar de trabajo, incluso aunque ello le supusiera una mejora profesional, porque con la normativa actual de regulación de fondos internos que impide la movilidad, perdería totalmente las prestaciones futuras que hubiera podido ir generando, quedándose sin la pensión complementaria correspondiente e incluso se apunta que en algunos casos este régimen podría servir a las empresas para generar beneficios contables ya que aunque se despidiera a trabajadores pagando la correspon-

<sup>74</sup> AS. 3557.

<sup>75</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Decimoséptimo.

<sup>76</sup> Vid. Dictamen 7/1999, de 6 de mayo de 1999, pág. 52.

diente indemnización, tal decisión les podría beneficiar a nivel de previsión complementaria ya que ello liberaría del pasivo cantidades teóricamente provisionadas o anotadas para hacer frente a los compromisos anteriores asumidos con los trabajadores despedidos <sup>77</sup>.

A pesar de los argumentos que apoyan la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores en este supuesto, lo cierto es que la doctrina ha manifestado reiteradamente sus reticencias al no concurrir en el caso analizado elementos esenciales para la aplicación del principio en cuestión. En este sentido, cabe recordar que para invocar el principio a la libre circulación se exige que el supuesto planteado presente alguna relación con una de las situaciones previstas o contempladas por el Derecho Comunitario y, por tanto, este principio no puede aplicarse, tal y como ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones el TJCE <sup>78</sup>, a situaciones puramente internas de un Estado miembro. Pues bien, ni en los hechos probados de la sentencia, ni en la fundamentación jurídica del caso se recogen elementos que vayan más allá de aspectos internos y, por tanto, no existe conexión con el Derecho Comunitario <sup>79</sup>.

Debe observarse, no obstante, que la sentencia del Juzgado de lo Social parece plantear la aplicación del principio de la libre circulación a partir de una interpretación amplia del mismo y entendiendo que la norma interna resulta una medida disuasoria del ejercicio a la libre circulación de trabajadores. Esta interpretación ha tenido en ocasiones acogida por el TJCE, como en el Asunto Comisión v. Luxemburgo. Sin embargo, tal como apunta la doctrina <sup>80</sup>, tal interpretación se ha basado siempre en la existencia de un supuesto real, y así lo ha manifestado el TJCE, que considera que un acontecimiento futuro e hipotético constituye una circunstancia demasiado aleatoria e indirecta para que quepa considerar que puede obstaculizar la libre circulación de trabajadores <sup>81</sup>. En este caso, se trata de valorar si realmente la pérdida de los derechos sobre el fondo interno supone una auténtica barrera a la libre circulación de los trabajadores cubiertos por este sistema, lo cual a juicio de una parte de la doctrina se produce <sup>82</sup>.

Una segunda sentencia que aborda los efectos de la excepción a la aplicación del principio de externalización de los compromisos por pensiones es la STS de 31 de enero de 2001 dictada en casación y que revocó la Sentencia de la Audiencia Nacional 55/1999, de 22 de junio <sup>83</sup>. El procedimiento tuvo su origen en la presentación de diversas demandas individuales por parte de los trabajadores de La Caixa que habiendo sido despedidos por la empresa de forma improcedente decidieron reclamar el rescate de sus derechos de previsión complementaria reconocidos por la empresa a través de un fondo interno. Este procedimiento se transformará en un conflicto colectivo que la Audiencia Nacional

<sup>77</sup> *Ibid.*, págs. 51 y 52.

<sup>78</sup> *Vid.*, entre otras, SSTJCE de 15 de diciembre de 1995. Asunto C-415/93 Bossman; de 16 de enero de 1997. Asunto C-18/95, Ussl núm. 47 di Biella; de 2 de julio de 1998. Asuntos C-225 a 227/95, Kapasakalis y de 26 de enero de 1999. Asunto C-18/95, Terhoeve.

<sup>79</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas...*, *op. cit.* pág. 88; BIURRUN ABAD, F.J.: «El derecho de los trabajadores al rescate de los fondos de pensiones de "La Caixa" al amparo del Derecho Comunitario». *Aranzadi Social*, núm. 2/2000, pág. 83 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Compromisos por pensiones: efectos de la excepción de la obligación de externalización». *Aranzadi Social*, núm. 17/2002, pág. 19.

<sup>80</sup> BIURRUN ABAD, F.J.: «El derecho de los trabajadores...», *op. cit.* pág. 88.

<sup>81</sup> STJCE de 27 de enero de 2000. Asunto C-190/98, Graf.

<sup>82</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas...*, *op. cit.* pág. 91 y GIL PLANA, J. y MARTÍN MANZANERO, V.: «Compromisos por pensiones: derechos en curso de adquisición y disponibilidad». *Aranzadi Social*, núm. 5/2001, pág. 85.

<sup>83</sup> AS 2977.

resolvió a favor de la empresa al entender que el régimen de previsión de los empleados de La Caixa no tenía naturaleza de plan de pensiones, sino que se trataba de un régimen de mejoras voluntarias de la Seguridad Social gestionado por un fondo interno, de titularidad de la empresa. A este respecto la Audiencia recordará en su sentencia que los fondos internos no contemplan la posibilidad de consolidar derecho alguno antes de que se produzca cualquiera de las contingencias protegidas, ni por ende, la posibilidad de movilizar dichos derechos, ya que en realidad los trabajadores no tienen en estos casos reconocido ningún derecho sino meras expectativas no consolidadas <sup>84</sup>.

En este punto hay que hacer mención al hecho de que el caso planteado no sólo se trataba de un supuesto afectado por el régimen transitorio aplicable a las entidades de crédito a las que se refiere la DT 14.<sup>a</sup> LOSSP, sino que además la forma y terminología utilizada en la articulación del Reglamento de previsión social de La Caixa correspondía con bastante exactitud a la prevista en la LPFP.

Frente a la resolución de la Audiencia Nacional los sindicatos implicados recurrirán en casación ante el Tribunal Supremo, el cual resolverá a favor de los trabajadores, anulando la decisión judicial anterior. Los argumentos que apoyarán la solución del Tribunal son tres, en primer lugar, la utilización constante y sistemática de la terminología de la legislación de planes y fondos de pensiones por parte del Reglamento del régimen de previsión del personal de La Caixa. De este modo el Tribunal dota a un elemento formal la capacidad de determinar la naturaleza jurídica de un sistema de previsión privado y considera relevante que a la hora de caracterizar al régimen de previsión social se utilice los términos de «Plan del sistema de empleo», que la identificación de los elementos subjetivos se realice con los términos de «promotor», «partícipes» y beneficiarios, que se se haga mención a la hora de describir el sistema e identificar sus instrumentos financieros a «sistemas financieros y actuariales de capitalización individual» y a «aportaciones del promotor» irrevocables o que se identifique al sistema como un «plan de prestación definida», términos todos ellos propios de la institución de los Planes de Pensiones <sup>85</sup>, lo cual lleva a considerar que no es compatible la aplicación del régimen de las mejoras voluntarias y, por tanto, la pérdida de los derechos económicos o de previsión social de los trabajadores en los supuestos de cese anticipado con la ordenación del plan o régimen de previsión acordado por La Caixa <sup>86</sup>. En segundo lugar, el Tribunal entenderá que la excepción prevista en la LOSSP para el mantenimiento de fondos internos debe ser interpretada restrictivamente en cuanto a su alcance o extensión de la normativa exceptuada, de tal manera que la excepción se debe limitar en principio a la parte de la legislación de los planes y fondos de pensiones que se refiere a estos últimos y no a los planes. Partiendo de esta premisa, la excepción de los «fondos internos» supone sólo la inaplicación de la normativa establecida para los fondos externos en la LPFP y disposiciones complementarias, pero implica necesariamente la exclusión de los preceptos sobre planes de pensiones <sup>87</sup>. Finalmente, a los argumentos anteriores el Tribunal añade una razón de equidad, al considerar que la solución de reconocer derechos de previsión social derivados de la actualización de las contingencias protegidas a los trabajadores que cesan anticipadamente de su trabajo resulta ser la más equitativa en un régimen de indemnización tasado de despido, como el español, que atiende en el cálculo de la misma a la pérdida del puesto de trabajo y no a la eventual privación de derechos sociales como los cuestionados en este caso <sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo.

<sup>85</sup> Vid. Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo.

<sup>86</sup> Vid. Fundamento de Derecho Noveno.

<sup>87</sup> Vid. Fundamento de Derecho Décimo.

<sup>88</sup> Vid. Fundamento de Derecho Décimo *in fine*.

Debe recordarse, no obstante, que la solución dada por el TS no fue unánime y se acompañó de un voto particular suscrito por siete de los quince magistrados que componen la sala, amparándose en la argumentación que el mismo tribunal mantuvo en la STS de 6 de octubre de 1995<sup>89</sup>. A este respecto, el voto particular basa su postura en el dato nada desdeñable de que el sistema de previsión objeto de la controversia no cumple la mayoría de los numerosos y rigurosos requisitos que exige la ley para que un sistema de previsión social pueda calificarse como un plan de pensiones<sup>90</sup>. Asimismo los magistrados disidentes consideran que la sentencia mayoritaria incurre en una contradicción al reconocer por un lado que el sistema de previsión de La Caixa ha de considerarse como un fondo interno y al mismo tiempo aplicar la normativa sobre Planes y Fondos de Pensiones únicamente aplicables a los Planes comprendidos dentro de su ámbito<sup>91</sup>. De igual forma, el voto particular hace especial hincapié en elementos identificadores de los Planes de Pensiones que justifican el derecho al rescate de los trabajadores de los derechos consolidados que no son previstos por el Reglamento como es el caso de la titularidad del patrimonio afecto al plan, así como también reprocha la generosa interpretación de determinados términos del Reglamento como la calificación del sistema como de «prestación definida» y la utilización de un sistema de «capitalización individual» para justificar el derecho de rescate defendido por la mayoría de la sala, cuando son elementos/conceptos que no se dan exclusivamente en el ámbito de la LPFP, sino que también operan en otros regímenes de previsión social<sup>92</sup>. Finalmente, el voto particular pone de manifiesto la sorpresa de los magistrados ante el alcance que otorga la postura mayoritaria de la sala a la DT 14.<sup>a</sup> de la LOSSP, la cual sólo puede ser interpretada en relación con la protección de los trabajadores frente a la insolvencia del empresario ya que sostener un alcance más amplio, que incluye derechos «inter partes» de los titulares de los compromisos por pensiones que sean ajenos a ese estricto ámbito de protección, no sólo se opone a la dicción literal del mismo, sino también se aparta de su finalidad esencial, y además convierte en inútil la excepción que este precepto establece<sup>93</sup>.

A partir de estos argumentos el voto particular pasa, consecuentemente, a calificar el régimen de previsión social de La Caixa como una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones conforme a lo previsto en los artículos 181 y ss. de la LGSS y concluyendo que no cabe el reconocimiento de derechos de rescate a los trabajadores despedidos al no encontrarnos ante la existencia de unos derechos consolidados sino que, tal y como se viene reconociendo, las mejoras voluntarias únicamente comportan expectativas de derecho que sólo se hacen efectivas cuando se produce el hecho causante estando el trabajador en activo en la correspondiente empresa<sup>94</sup>.

Del análisis de esta sentencia no creemos que sea posible concluir que la sala reconozca la existencia de una equiparación de los fondos internos de una entidad de crédito afectada por la excepción de exteriorización de los compromisos por pensiones con sus trabajadores al régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones. Como ha podido comprobarse, tanto la posición mayoritaria de la sala, como los magistrados que emitieron el voto particular fundamentan su conclusión básicamente en el

<sup>89</sup> Ar. 2216.

<sup>90</sup> *Vid.* Fundamento de Derecho Segundo.

<sup>91</sup> *Vid.* Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>92</sup> *Vid.* Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>93</sup> *Vid.* Fundamento de Derecho Cuarto.

<sup>94</sup> *Vid.* Fundamento de Derecho Sexto y Séptimo.

contenido del reglamento que regula el sistema de previsión social de la entidad de crédito, existiendo simplemente una discrepancia en la interpretación de algunas de las cláusulas de dicho reglamento. Es cierto que la postura mayoritaria entiende que la interpretación que ha de realizarse de la excepción al principio de exteriorización debe ser restrictiva, pero éste es un argumento adicional que se acompaña al principal que es el modo de articular la regulación del sistema de previsión. Por ello entendemos que si dicho reglamento no hubiera utilizado la terminología prevista en la LPFP la solución a este mismo supuesto podría haber sido muy diferente <sup>95</sup>. Por tanto, estamos de acuerdo con la afirmación realizada por una parte de la doctrina que entiende que esta sentencia no modifica la doctrina jurisprudencial anterior, defendida en el voto particular de esta misma sentencia, según la cual, los trabajadores que ven extinguida su relación laboral antes de que se produzca cualquiera de las contingencias protegidas no ostentan derecho alguno sino una mera expectativa de derecho, frustrada al extinguirse dicha relación antes de producirse el hecho causante y los trabajadores sólo ostentarán derechos sobre el fondo interno en el supuesto que el convenio o disposición equivalente origen del compromiso prevea el reconocimiento de algún tipo de compensación <sup>96</sup>.

A partir de los argumentos esgrimidos en las dos sentencias comentadas se puede afirmar que dichos argumentos han sido utilizados de manera recurrente en las sentencias posteriores que han tratado este tema para aceptar o rechazar la movilización de las aportaciones realizadas a favor de los trabajadores en los fondos internos de previsión de las empresas. En este sentido, la SJS núm. 25 de Madrid, de 24 de julio de 2001 <sup>97</sup> vuelve a insistir en el acance restrictivo de la excepción de externalización, entendiendo que la norma sólo permite a las empresas exentas mantener sus compromisos por pensiones mediante fondos internos, quedando sometidas, no obstante, al cumplimiento de la exigencia legal prevista en el artículo 6 LPFP de reconocimiento del derecho a rescate, movilización o transferencia de dichos fondos a los trabajadores que cesan en la empresa con anterioridad a la actualización del hecho causante que da derecho a la prestación. Asimismo y tal y como ya apuntó la SJS núm. 28 de Barcelona, de 8 de noviembre <sup>98</sup> se invoca el principio de libre circulación de trabajadores para justificar el derecho de los trabajadores al servicio de empresas exentas de la obligación de externalización al derecho de rescate y movilización de los fondos internos <sup>99</sup>. Igualmente la STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2002, reconoce derechos de movilización a los trabajadores al considerar que del contenido y terminología utilizada por el reglamento del sistema de previsión de la empresa debe hacerse una aplicación analógica de la legislación común sobre Planes y Fondos de Pensiones. Por el contrario, y con los mismos argumentos que en el supuesto anterior se rechaza el derecho a la movilización en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 18 de octubre de 2001 y en la SJS de Girona de 23 de mayo de 2002.

<sup>95</sup> En este sentido, por ejemplo, la SJS núm. 3 de Girona, de 23 de mayo de 2002, resolvió en contra de los trabajadores a partir de los argumentos recogidos en la STS de 31 de enero de 2001, estableciendo en su Fundamento de Derecho 4.º que «No es aplicable al supuesto debatido la sentencia del TS de fecha 31 de enero de 2001, porque el sistema de pensiones(...) a que se refiere dicha sentencia, estaba reglamentado, lo que no se da en la empresa demandada(...)».

<sup>96</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones Privadas...*, op. cit. pág. 82 y 83. En sentido contrario parecen manifestarse SEGURA DEL POZO, C. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: «Fondos internos de pensiones. Reconocimiento de derechos en el supuesto de extinción anticipada de la relación laboral». *Revista de Derecho Social*, núm. 13/2001, pág. 161.

<sup>97</sup> AS 3397.

<sup>98</sup> AS 3557.

<sup>99</sup> Esta sentencia fue confirmada en suplicación por el TSJ de Cataluña de 31 de julio de 2002, remitiéndose en su argumentación a los contenidos en la STS de 31 de enero de 2001. *Vid.* AL. Suplemento núm. 38 /2002, págs. 3.402 a 3.406.

A nuestro parecer, la trascendencia de los efectos que se derivan del supuesto analizado no puede hacerse depender única y exclusivamente de los términos en que se exprese el reglamento de previsión social de una empresa, ya que ello en muchas ocasiones es un hecho aleatorio. Por ello compartimos la preocupación mostrada por la doctrina en la búsqueda de argumentos jurídicos adicionales para justificar el reconocimiento o no del derecho a movilización y/o rescate de las aportaciones empresariales a un sistema de previsión social por parte de los trabajadores.

En este sentido, una primera propuesta planteada por la doctrina <sup>100</sup> consiste en defender que los compromisos por pensiones reconocidos a los trabajadores a través de fondos internos no son meras expectativas de derecho, tal y como viene defendiendo hasta ahora la jurisprudencia, sino que se trata de derechos en curso de adquisición y disponibilidad. El reconocimiento de la existencia de un derecho en curso de adquisición supone establecer un estadio intermedio entre la expectativa de derecho propia de las mejoras voluntarias y el derecho adquirido reconocido a los compromisos por pensiones gestionados a través de fondos externos, que implica reconocer que ya existe un derecho, pero que su ejercicio está sometido a una condición derivada de un hecho futuro.

Esta propuesta, si bien no es nueva, ya que se ha hecho mención en alguna ocasión por los tribunales <sup>101</sup> e incluso a nivel normativo <sup>102</sup>, sí que es poco usual y los argumentos que avalan esta solución son, por un lado, que la consideración de los compromisos por pensiones como meras expectativas de derecho puede dar lugar en muchas ocasiones a claros supuestos de abuso de derecho y/o enriquecimiento injusto por parte del empresario, ya que en los casos de extinción del contrato es él quien decide en la mayoría de casos poner en marcha el mecanismo extintivo y es él quien se beneficia con dicho mecanismo de la recuperación de las cantidades destinadas a financiar la previsión social del trabajador despedido <sup>103</sup>. Y, por otro lado, se considera que el mantenimiento de interpretaciones restrictivas en esta materia no son acordes a la evolución normativa que está teniendo la protección social, tendente a la ampliación y desarrollo de las medidas complementarias y, de hecho, el propio Consejo de Estado cuando tuvo ocasión de analizar el contenido del RD 1588/1999 sobre exteriorización de compromisos por pensiones ya se mostró favorable a realizar una interpretación amplia de las excepciones al principio de exteriorización, refiriéndose expresamente a los efectos negativos que podía tener el mantenimiento de las expectativas de derecho en estos casos para los trabajadores <sup>104</sup>.

Una segunda propuesta plantea la solución de la problemática apuntada a través del análisis del alcance del principio constitucional de igualdad ante la ley <sup>105</sup>. Se trata, por tanto, de conocer si la diferencia de trato que implica para los trabajadores el reconocer la posibilidad a determinadas empresas de mantener los fondos internos puede ser calificada como objetiva y razonable, teniendo en cuenta la razón que motiva al legislador el establecer estas diferencias entre empresas en materia de protección social.

<sup>100</sup> GIL PLANA, J. y MARTÍN MANZANEDO, V.: «Compromisos por pensiones...», *op. cit.* pág. 74.

<sup>101</sup> *Ibid.*, por jemplo, STSJ del País Vasco de 16 de marzo de 2993 (AS 1381).

<sup>102</sup> Tal y como apuntan GIL PLANA, J. y MARTÍN MANZANEDO, V.: «Compromisos por pensiones...», *op. cit.* pág. 75, el concepto de expectativa de derecho y derecho en curso de adquisición es utilizado por el legislador comunitario en el artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre.

<sup>103</sup> *Ibid.*, pág. 74.

<sup>104</sup> *Ibid.*, págs. 74 y 75.

<sup>105</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Compromisos por pensiones...», *op. cit.* pág. 20.

A este respecto, estamos de acuerdo con las valoraciones realizadas por la doctrina sobre la distinción que hay que hacer entre la razón que justifica la excepción al principio de exteriorización de los compromisos por pensiones y el alcance que dicha distinción ha de tener en los derechos de los trabajadores afectados por esta exteriorización. Así, se puede considerar que la excepción a la exteriorización de compromisos por pensiones es objetiva y razonable en cuanto que si este principio busca garantizar los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia y hay empresas que por sí mismas cuentan ya con mecanismos suficientes para garantizar la solvencia que persigue la norma, resulta innecesaria su aplicación. Ahora bien, el hecho de que se exterioricen o no los derechos no tiene los mismos efectos para los trabajadores, ya que si se exterioriza queda claro que se aplica la LPFP y, por tanto, los trabajadores aunque vean extinguido su contrato de trabajo siguen manteniendo intactos sus derechos sobre los compromisos por pensiones asumidos hasta la fecha por el empresario, pudiendo rescatar o movilizar, según los casos, dichos compromisos. Sin embargo, si no se exterioriza, se entiende que nos encontramos ante mejoras voluntarias de la Seguridad Social y en ese caso, el trabajador pierde todo derecho sobre dichos compromisos si se extingue el contrato de trabajo <sup>106</sup>.

Como puede observarse, una medida que en principio se aplica para beneficiar a los trabajadores, finalmente repercute negativamente sobre sus derechos de protección social, lo cual no parece que sea demasiado razonable. De hecho, la excepción a la exteriorización a quien realmente beneficia es al propio empresario que no deberá externalizar el patrimonio destinado al pago de los compromisos por pensiones que tiene con sus trabajadores. Entendemos que ese beneficio ha de quedar limitado en este punto y que en ningún caso puede suponer una diferencia de trato en cuanto al régimen jurídico reconocido a los derechos de protección social complementaria, lo contrario supondría una diferencia de trato injustificada o irrazonable que atentaría claramente contra el principio de igualdad ante la ley <sup>107</sup>.

#### **4. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SUJETOS PARTICIPANTES EN UN PLAN DE PENSIONES**

##### **4.1. La disponibilidad de los partícipes de los derechos consolidados en el Plan.**

El artículo 8.4 LPFP establece que «la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada Plan corresponderán a los partícipes y beneficiarios». De acuerdo con los términos utilizados por este precepto podríamos pensar que el legislador ha pretendido establecer un régimen de cotitularidad entre partícipes y beneficiarios. Sin embargo, no es ésta la interpretación que se ajusta al verdadero contenido del artículo 8.4 LPFP, y para tener un verdadero conocimiento del alcance de la titularidad que ostentan partícipes y beneficiarios sobre los recursos patrimoniales de un Plan de Pensiones es necesario tener en cuenta otros importantes preceptos que vienen previstos en la Ley y el Reglamento que regulan los Planes y Fondos de Pensiones. Sólo después de realizar este análisis se puede concluir que dentro del conjunto de los recursos económicos que conforman un Plan de

<sup>106</sup> *Ibid.*, pág. 21.

<sup>107</sup> *Ibid.*, pág. 22.

Pensiones la titularidad de las aportaciones y de los derechos consolidados viene reconocida a los partícipes, mientras que los beneficiarios son los únicos titulares de las prestaciones que se derivan de la constitución de este sistema de protección social.

El reparto apuntado deriva directamente de la posición jurídica que ocupan cada uno de los elementos personales dentro de un Plan de Pensiones y a los que se refiere el artículo 8.4 LPFP. De esta forma, resulta imposible que los recursos económicos afectos a un Plan puedan distribuirse entre partícipes y beneficiarios de manera diferente, ya que en la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones ni a los beneficiarios se les reconoce ningún derecho sobre las contribuciones que financian un Plan de Pensiones, ni a los partícipes se les reconoce la percepción de ninguna prestación, a no ser que simultáneamente ostenten la condición de beneficiarios.

En este sentido, tanto en la LPFP como en el RFPF encontramos numerosos ejemplos en los cuales se pone de manifiesto la vinculación que mantienen cada uno de los recursos económicos que conforman un Plan de Pensiones con sus respectivos titulares. Así por ejemplo, el artículo 8.8 y 28.1 LPFP o el artículo 22 RFPF.

Partiendo, por tanto, de que el partícipe es el titular de las aportaciones y derechos consolidados vinculados a un Plan de Pensiones, a continuación deberemos determinar cuáles son las diferencias existentes entre estos dos tipos de recursos económicos cuya titularidad se reconoce a los partícipes de un Plan.

Las aportaciones a un Plan de Pensiones es la forma en que se concreta el deber de financiación que se deriva de la constitución de un Plan de Pensiones, son las contribuciones económicas que con independencia de quién sea el sujeto que deba abonarlas han de producirse si se quiere constituir un Plan de Pensiones ya que son el medio a través del cual se conformará el patrimonio (Fondo de Pensiones) que debe hacer efectivas las prestaciones pactadas en un Plan de Pensiones. Por su parte, los derechos consolidados de un Plan de Pensiones, aun cuando su existencia depende de que se produzcan las correspondientes aportaciones de los sujetos obligados a la financiación de un Plan de Pensiones, no se pueden identificar con las aportaciones, ya que si bien los derechos consolidados se nutren de las mismas, las aportaciones no son el único recurso económico que los conforma.

Tal y como se establece en el artículo 8.7 LPFP y en el artículo 22.1 y 2 RFPF, los derechos consolidados son las cuantías económicas resultantes de las aportaciones al Plan y del régimen financiero actuarial de capitalización que aplique el correspondiente plan de pensiones, lo cual significa que no existe una identidad cuantitativa entre lo que se aporta a un Plan y los derechos económicos que se generan en favor del partícipe, produciéndose una disfunción positiva o negativa entre las cuantías económicas en que se concretan los derechos consolidados y las cuantías correspondientes a las aportaciones realizadas en favor de los partícipes.

En cuanto a los efectos que produce el reconocimiento de los partícipes como titulares de las aportaciones a un Plan y de los derechos consolidados generados en el mismo, hay que señalar que ello no implica el reconocimiento de una disponibilidad total y absoluta de los mismos. En la medida en que los Planes de Pensiones son un sistema de previsión basado en el ahorro a largo plazo, ello comporta que la disponibilidad de esos ahorros que se van generando a partir de las aportaciones a un Plan resulte incompatible con el funcionamiento y desarrollo ordinario de esta técnica previsora,

lo cual justifica que uno de los principios informadores de los Planes de Pensiones sea precisamente el principio de irrevocabilidad de aportaciones y que el desembolso efectivo de las cantidades resultantes de los derechos consolidados no se produzca hasta que no tenga lugar el hecho causante que motiva el pago de la prestación <sup>108</sup>.

Ahora bien, también sabemos que la no disponibilidad de los recursos económicos de los que es titular el partícipe de un Plan cuenta con algunas excepciones y, además, el análisis de estas excepciones llevan a poder distinguir entre el régimen de disponibilidad existente en relación a las aportaciones a un Plan de Pensiones y los derechos consolidados en el mismo.

En este sentido, se observa cómo el margen de disponibilidad existente en el caso de las aportaciones a un Plan de Pensiones es nulo, puesto que no encontramos ningún precepto de la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones que se refiera a dicha posibilidad y, de hecho, las referencias a supuestos excepcionales de disponibilidad de los recursos económicos de los partícipes vienen siempre previstos en relación a los derechos consolidados en un Plan. Así, el artículo 9 y 18 RPPF, al referirse al rescate y la movilización de los recursos económicos de un Plan a otro Plan diferente lo hace en relación a los derechos consolidados.

Pues bien, en el marco de la disponibilidad reconocida a los partícipes sobre los derechos consolidados, los tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una cuestión ciertamente interesante como es el alcance de este derecho reconocido a los partícipes en supuestos de reclamación de cantidades referidas a derechos sobre servicios pasados provenientes de un Plan de Pensiones del sistema de empleo cuando la formalización del Plan de Pensiones se realiza con posterioridad al momento de la extinción del contrato de trabajo.

Los supuestos que pasamos a comentar tienen su origen en la obligación de externalizar los compromisos por pensiones que la LPPF establece en su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> a las empresas que mantienen dichos compromisos con sus trabajadores y beneficiarios a través de fondos internos. En cumplimiento de esta obligación algunas empresas van a ir externalizando dichos compromisos por medio de Planes de Pensiones del sistema de empleo, estableciéndose Planes de reequilibrio para regular el modo de trasladar al Plan los compromisos por pensiones que hasta el momento había reconocido el empresario a sus trabajadores y/o beneficiarios y que se concretarán tanto en prestaciones causadas como en los derechos reconocidos por servicios pasados que todavía no han causado la pensión correspondiente.

Pues bien, la cuestión que se plantea ante los órganos jurisdiccionales es si en el momento en el que todavía no se ha formalizado el correspondiente Plan de Pensiones y produciéndose la extinción del contrato de trabajo si el trabajador afectado por la extinción puede solicitar la materialización de los derechos que le corresponderían de no haberse extinguido la relación de trabajo en concepto de servicios pasados.

La lógica jurídica lleva a que los pronunciamientos judiciales que han tratado esta cuestión hayan considerado que mientras no exista formalmente un Plan de Pensiones en el cual se recoja el compromiso de reconocer a los trabajadores que puedan acceder a dicho Plan derechos económicos

<sup>108</sup> Así se deduce de lo previsto en los artículos 5.1 c) LPPF y 9 RPPF.

por servicios pasados realizados en la empresa, lo único existente hasta ese momento es una expectativa de derecho que no verá transformada su naturaleza por el hecho de que con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo el trabajador afectado haya manifestado su intención de participar en dicho Plan <sup>109</sup>.

No obstante, esta solución judicial no cuenta con un seguimiento unánime por parte de los diferentes órganos judiciales, y ello a pesar de las pocas ocasiones en las que se ha tenido conocimiento de este tipo de reclamaciones. De esta forma encontramos como en algún caso similar la solución ofrecida por las instancias judiciales ha sido la contraria.

La existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre esta cuestión tienen su fundamento en la importancia que alcanzan determinados elementos constitutivos y factores temporales que acompañan a la formalización de un Plan y que si bien en un primer momento parecerían poco relevantes han servido para apoyar la decisión judicial finalmente adoptada. En este sentido, a pesar de que en los casos enjuiciados nos encontramos con una relación laboral que se extinguió con anterioridad a la formalización del Plan, la brevedad del lapso de tiempo existente entre la extinción del contrato y la formalización del Plan de Pensiones y la existencia de una provisión de fondos realizada por el futuro promotor del Plan en favor de los trabajadores que serán partícipes del mismo, son los argumentos principales sobre los que se apoyarán los tribunales para reconocer el derecho a la devolución de la aportación empresarial que se había previsto realizar a favor del demandante <sup>110</sup>.

#### 4.2. La participación en los órganos de gestión y control de los Planes y Fondos de Pensiones.

Una última cuestión que se aborda en este trabajo se sitúa en el ámbito de la participación en los órganos de gestión y control de un plan de pensiones y, más concretamente, en la participación en la llamada comisión de control del plan.

A este respecto, el artículo 31.4 RFPF (anteriormente art. 22.4 RFPF) establece que cualquier sujeto podrá actuar como miembro de la comisión de control en representación del promotor, partícipes o beneficiarios siempre que no ostente, directa o indirectamente, una participación en una enti-

<sup>109</sup> *Vid.*, en este sentido, STS de 7 de febrero de 1991 (Ar. 814), en la que tras la conciliación por despido en la que el actor se avino con el reconocimiento de una indemnización de 23 millones de pesetas, con posterioridad reclamará el reconocimiento de las aportaciones correspondientes a los compromisos asumidos por la empresa en convenio colectivo en relación a la creación de un Plan de Pensiones. Esta reclamación no será estimada porque según señala el Tribunal en la fecha en que tuvo lugar la extinción de la relación laboral existente entre actor y la empresa demandada, lo único que ostentaba aquél era una expectativa de derecho, dado que aún no se hallaba constituido el Plan ni el Fondo de Pensiones, estableciéndose únicamente en el Convenio Colectivo referido un compromiso por parte de la empresa para crear un Plan y un Fondo de Pensiones. En un mismo sentido STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 1992 (AS 751).

<sup>110</sup> Éste es el supuesto planteado en la STSJ de Madrid, de 18 de noviembre de 1992 (AS. 5719), en el cual el trabajador reclama a la empresa el derecho a percibir la cantidad de 725.000 ptas. en concepto de derechos consolidados de un Plan de Pensiones, a pesar de que éste sólo queda constituido tres meses después de finalizar su relación laboral y el cual, según lo establecido en el artículo 31 del XVI Convenio Colectivo de la Empresa, contaba con una provisión de fondos por el importe total del coste histórico de todos los empleados, entre los que se encontraba el demandante, ascendiendo su cuota parte correspondiente a éste a la cantidad de 725.000 pesetas.

dad gestora de fondos de pensiones superior al cinco por ciento del capital social desembolsado por la entidad, sin que los miembros de una comisión de control puedan adquirir derechos ni acciones de la entidad gestora de su fondo de pensiones durante el desempeño de su cargo en tal comisión.

Estas exigencias intentan evitar la desnaturalización de la función representativa que tiene la comisión de control y que no es otra que garantizar los intereses económicos de partícipes y beneficiarios. Más concretamente, la función principal de la comisión de control de los Planes de Pensiones es la de supervisar el cumplimiento de las cláusulas del Plan en todo lo que se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios, así como supervisar la adecuación del saldo de la cuenta de posición del Plan en su respectivo Fondo de Pensiones, a los requerimientos del régimen financiero del propio Plan, y en este sentido, el artículo 31.4 RPPF lo que pretende es garantizar la independencia de la comisión de control en su función fiscalizadora y de control, y por eso quedan inhabilitados los sujetos que participan en el capital de la entidad gestora <sup>111</sup>.

De no existir las prohibiciones previstas en el artículo 31.4 RPPF, se podría dar el caso de que en vez de estar representados los intereses de los sujetos anteriormente mencionados, fueran los intereses de las entidades que gestionan el fondo al que se encuentra adscrito un Plan los que verdaderamente controlarían la gestión de dicho fondo, desvirtuándose el objetivo que se pretende con la separación entre Fondo y Plan de Pensiones, así como también la frustración de la finalidad social que se reconoce a los Planes de Pensiones y que es conseguir el bienestar de los sujetos que participan en el Plan a través de la ordenación de prestaciones complementarias o no de la Seguridad Social, lo cual no se garantiza si los sujetos que intervienen en la comisión buscan la obtención de unos beneficios determinados a partir de los intereses que puedan tener en las entidades gestoras del Fondo al que se adscribe un Plan de Pensiones.

Ahora bien, la exigencia prevista en el artículo 31 RPPF merece ciertas matizaciones, ya que de acuerdo con la forma en que se establece que los representantes de las partes de un Plan no deben ser partícipes en el capital social de las entidades gestoras, se pueden realizar dos interpretaciones diferentes de esta prohibición. Una primera de carácter extensivo, y que consistirá en entender que la prohibición alcanza tanto a la existencia de una participación propia como a una participación ajena, es decir, en relación a los sujetos a los que se representa y, una segunda interpretación de carácter más restrictivo, según la cual esta prohibición únicamente vendría referida a la existencia de una participación propia del representante.

Según la primera interpretación no podrían ostentar la condición de representantes en la comisión de control aquellas personas que o bien son titulares de participaciones en el capital social de una entidad gestora del Fondo o bien, sin ser el representante titular de participaciones en el capital social, lo es el sujeto al cual representa, mientras que según la segunda interpretación, sólo se limitaría la condición de representante de la Comisión de Control a aquella persona que sea titular de participaciones en el capital social de la entidad gestora.

A este respecto, la doctrina se ha manifestado favorable a la adopción de una interpretación restrictiva de esta prohibición, de tal forma que se entiende que la participación se produce de modo directo si se participa personalmente en el capital de la entidad gestora y de modo indirecto si se pro-

<sup>111</sup> Cfr: SAN de 30 de junio de 1997 (AS 2275). Fundamento de Derecho Séptimo.

duce la participación en una sociedad dominada por la persona física miembro de la comisión, o si se hace mediante un fiduciario. En cambio, se entiende que no se debe considerar como participación en el capital social si el miembro de la comisión ha sido designado por la entidad promotora o cuenta con el apoyo para su elección como representante de los partícipes y/o beneficiarios de una entidad colectiva como puede ser un sindicato <sup>112</sup>.

Esta cuestión fue objeto de análisis por parte de nuestros tribunales a través de la SAN de 30 de junio de 1997 <sup>113</sup>, en la cual se planteaba la compatibilidad de la condición de representante de los partícipes y beneficiarios con el hecho de que dicha representación derivara de la afiliación a los sindicatos UGT y CC.OO. y de la participación como candidatos en la lista conjunta de dichos sindicatos cuando estos últimos habían adquirido participaciones en el capital social de la entidad gestora del Fondo por un valor superior al límite máximo previsto por el artículo 31 RPPF (en aquel momento art. 22 RPPF) y que es del 5%.

El Tribunal opta en su resolución por una interpretación restrictiva de la prohibición, de tal forma que entiende que en dicho precepto únicamente se está haciendo referencia a la participación propia del representante en el capital de la entidad gestora. Según se señala en la SAN de 30 de junio, como punto de partida de la resolución de la cuestión planteada debe tenerse en cuenta que se trata de indagar el sentido de una norma limitativa de derechos, que por eso mismo debe ser entendida y aplicada con criterio restrictivo, sin comprender en ella supuestos que de manera evidente o incluso dudosa puedan quedar fuera de las previsiones de la norma. De esta forma, y atendiendo al tenor literal del precepto, se comprueba que los sujetos a los que declara inhábiles para ser miembros de la comisión de control son personas físicas, no jurídicas o colectivas <sup>114</sup>, de modo que la causa de incompatibilidad habría que referenciarla a los sujetos que componen dicha comisión y a la entidad que condiciona directa o indirectamente su nombramiento como representante en la comisión <sup>115</sup>.

De acuerdo con la solución que se nos ofrece desde instancias judiciales, la realización de una interpretación extensiva de la prohibición prevista en el artículo 31.4 RPPF llevaría a una confusión de lo que es el patrimonio de sindicatos o empresas con los bienes personales de cada uno de los representantes de las partes que conforman la comisión de control, siendo ambas cosas totalmente distintas. La finalidad del artículo 31.4 RPPF es evitar que las personas físicas participen en el capital social del ente gestor, y el hecho de que la elección de un representante haya sido apoyada por una entidad jurídica o colectiva que participa en el capital de la entidad gestora del Fondo, no significa que dichas entidades operen como entes o sociedades interpuestas <sup>116</sup>.

<sup>112</sup> MORENO ROYES, F.; SANTIDRIAN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los Planes y Fondos de Pensiones...*, op. cit. pág. 103.

<sup>113</sup> AS. 2275.

<sup>114</sup> Aunque no es muy probable, en base a la solución dada por la Audiencia Nacional en este supuesto, si se promueve un Plan de Pensiones por un empresario persona física que participa en el capital de la entidad gestora del Fondo al que se halla inscrito el Plan en más de un 5%, dicho empresario no podrá participar personalmente en la comisión de control del Plan de Pensiones, teniendo que designar a otra persona para que lo represente.

<sup>115</sup> SAN de 30 de junio de 1997. (AS 2275). Fundamento de Derecho Sexto.

<sup>116</sup> SAN de 30 de junio de 1997. (AS 2275). Fundamento de Derecho Sexto *in fine*.