

GABRIEL GARCIA BECEDAS

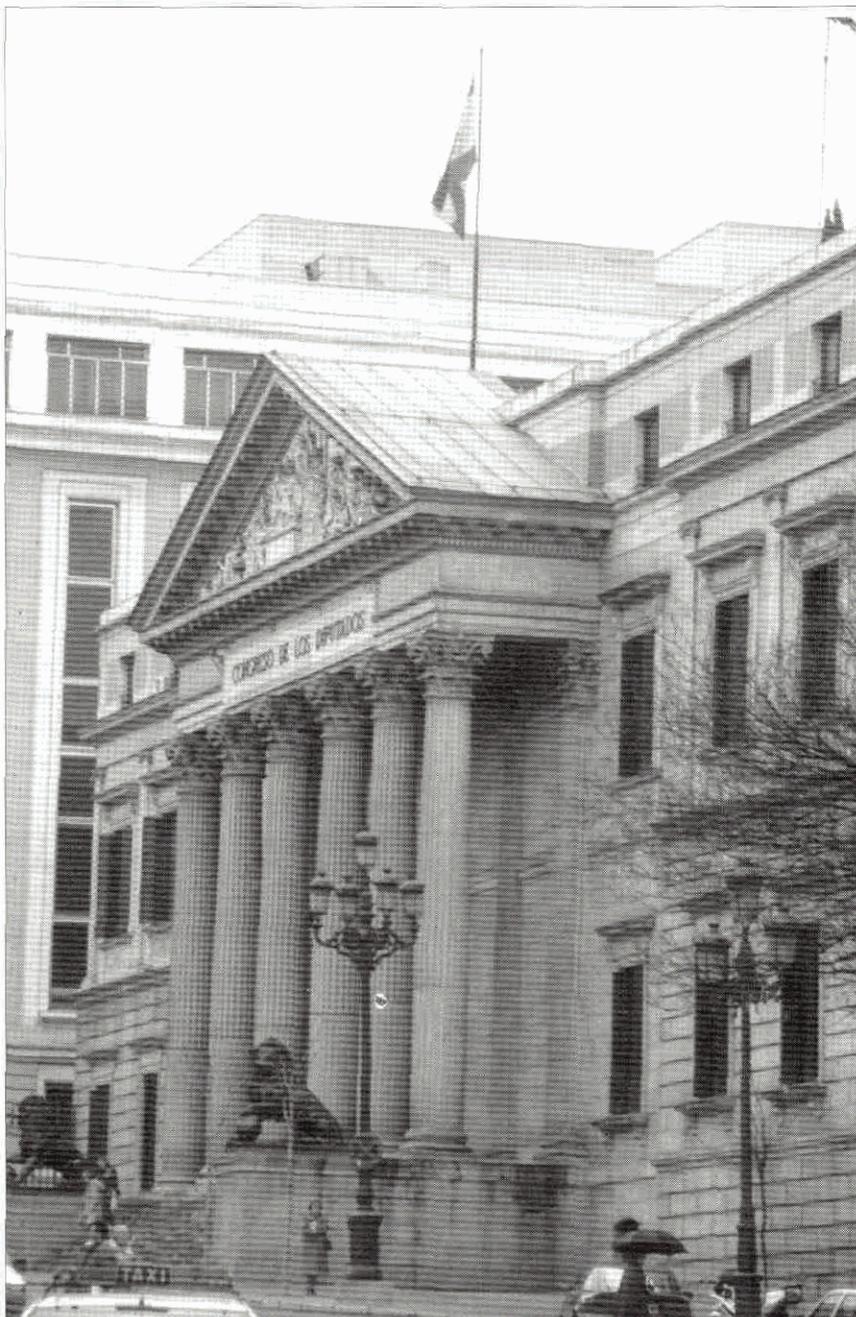
Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Autónoma de Madrid

La Seguridad Social complementaria*

I. El impacto de la Constitución y de la LOSP sobre el sistema de Seguridad Social, y sus repercusiones sobre la liberalización y privatización relativas de la protección social complementaria**

a) El impacto constitucional

1. Tras ya casi quince años de vigor, la lectura del artículo 41 de la Constitución [CE] sigue insistiendo en un modelo normativo de Seguridad Social relativamente abierto hacia formas privadas de protección. Porque junto a un nivel mínimo [Alonso Olea, De la Villa, Desdentado, Tortuero], general y universal [Suárez], básico [Almansa], público [B. Gonzalo] y no excluyente de fórmulas privadas de protección social [Alarcón Caracuel y González Ortega], sin duda coexiste un nivel libre [Alonso Olea, De la Villa, Desdentado, Tortuero], o complementario libre [Suárez], o privado complementario [Alarcón Caracuel y González Ortega], o complementario profesional e individual [Almansa], cuyas características principales remiten a las notas de voluntariedad y de privacidad, y que desde luego no excluye la concurrencia de ánimo de lucro en punto a su gestión. De modo tal que junto a la Seguridad Social básica, pública, obligatoria y mixta (asistencial y contributiva), la protección social complementaria adolece de naturaleza privada, es desde luego voluntaria y opera en el plano individual



(idea de previsión social) antes que en el colectivo profesional.

Dualización de la protección social española en consecuencia que, no sin titubeos iniciales, ha terminado por confirmar también el Tribunal Constitucional con su doctrina a partir de la Sentencia 103/83, de 22 de noviembre, luego matizada y aun ampliada en las posteriores 121/83, de 15 de diciembre, 65/87, de 21 de mayo, 134/87, de 21 de julio, y 208/88, de 10 de noviembre. Diseñándose en ella un modelo constitucional de dos entradas, cuyos parámetros elementales serían los siguientes:

a) Un régimen público o legal de Seguridad Social, que es función del Estado, se basa en principios normativos propios y diferenciados de los que informan el aseguramiento privado, experimenta una pérdida progresiva de relevancia del componente contributivo en favor de prestaciones suficientes que cubran estados de necesidad y, por ello, adolece de prestaciones no necesariamente proporcionales con las cotizaciones acreditadas por sus beneficiarios.

b) Y un régimen complementario libre y voluntario, basado en una lógica contractual privada, y cuyas prestaciones son financiadas mediante la constitución de fondos asimismo privados y a cargo exclusivo de sus propios asegurados.

2. Es probable, con todo, que así el análisis científico como el constitucional sean en cierto modo deudores de las propuestas gubernamentales que, entre 1981 y 1985, se van abriendo paso en el marco de una reforma global de la Seguridad Social española finalmente jamás acometida. Recuérdese, en tal sentido, que ya el Libro Verde [«Propuesta de medidas de racionalización y mejora de la Seguridad Social», diciembre de 1981] afirmaba que el artículo 41 CE autoriza una «Seguridad Social libre y complementaria de la pública, que da pie a la creación de esta modalidad de previ-

sión social voluntaria» respecto de cualquier clase de prestaciones y bajo cualquier régimen jurídico, incluso mercantil, de acuerdo además con los principios de libertad de constitución, alusión del intervencionismo estatal y autofinanciación por sus beneficiarios. Y que lo propio haría después el Libro Naranja [«Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social, AES, 1985»], que aun más detalladamente delineaba un modelo tripolar: profesional y contributivo (prestaciones sustitutorias de las rentas de activo, requisitos de afiliación y alta, técnica del seguro social); universal y asistencial (subsidiario del anterior, necesidad probada, prestaciones exigibles, financiación fiscal, gestión pública); y, finalmente, complementario libre, anudado en este caso a los principios de libertad constitutiva, organizativa y de gestión, no injerencia estatal, voluntariedad estricta, autofinanciación y complementariedad respecto del nivel profesional.

«CC.OO. autocalifica su opinión sindical como oposición radical a un sistema de Fondos de Pensiones basado en el artículo 41 CE»

TAL cual, por lo demás, venía propiciando la CEOE desde 1980 [«Ideas básicas para un programa y posición empresarial sobre la Seguridad Social en España», noviembre de 1980; «Posición de la CEOE en materia de Seguridad Social en cumplimiento del punto V.2 del ANE», enero de 1982], en cuyo diseño cabían igualmente tres niveles su-

cesivos de protección social (básico y universal; complementario obligatorio y profesional; y complementario libre), el último de los cuales implicaba una Seguridad Social voluntaria, de gestión exclusivamente privada, y ordenada hacia el ahorro (autofinanciación) y la aportación de recursos masivos al sistema financiero a fin de coadyuvar al desarrollo económico e industrial del país.

Opinión que obviamente no concitaba el entusiasmo sindical, desde cuyas confederaciones se combate una opción empresarial, y aun gubernamental, tendencialmente privatizadora de la Seguridad Social. Así CC.OO. [«Crítica al documento presentado por la Administración a la Comisión de Seguridad Social», s/f; «Alternativa de Comisiones Obreras a la Comisión de Seguridad Social», s/f; «Propuestas de la CS de CC.OO. para la mejora de la Seguridad Social», marzo de 1985], que, tras negar la asimilación que entre «libre» y «privado» pretende efectuarse al amparo del artículo 41 CE, autocalifica su opinión sindical como «oposición radical» a un sistema de Fondos de pensiones que únicamente respondería a la necesidad de revitalizar el mercado de capitales, y que se dirige hacia los trabajadores con mayor capacidad de ahorro rompiendo con una estructura basada en la solidaridad intergeneracional e individualizando y corporativizando el salario diferido o pensión futura. Y así también la UGT [«Posición de UGT ante la propuesta de la Administración sobre racionalización y mejora de la Seguridad Social», enero de 1982], que más pragmáticamente aceptaría un nivel complementario libre y voluntario, excluido de la noción de Seguridad Social y basado en técnicas del seguro privado, siempre y cuando quedara garantizada la existencia de un sector universal-asistencial y otro profesional-contributivo, que respectivamente garantizaran pensiones so-



ciales mínimas y prestaciones sustitutorias de las rentas de activo.

Todo ello, por lo demás, contextualizado en el marco de una crisis económica e industrial sin precedentes, cuyas repercusiones sociales ha sintetizado con acierto B. Gonzalo (endurecimiento del acceso a la pensión de jubilación, reducción de la cuantía inicial de las pensiones, exclusión de las bases de cotización de las elevaciones salariales que excedan del incremento medio pactado en la negociación colectiva, reducción de las prestaciones por ILT, reducción progresiva de la tasa de cobertura de la prestación por desempleo, elevación de la participación de los interesados en la prestación farmacéutica, revalorización selectiva de las pensiones públicas y establecimiento de topes máximos para las mismas), y que revelará, en opinión de Desdentado, la inexistencia de una configuración institucional eficaz de la función compensatoria de la Seguridad Social, además de desviaciones notables de su función de

sustitución de las rentas de activo. Asistencialización de la protección social contributiva, en fin, que, como escribiera Borrajo al efecto, renaturaliza la cotización como una verdadera exacción fiscal, al tiempo que enfatiza el carácter residual de las técnicas complementarias internas de protección social.

b) La protección social complementaria y la LOSP.

3. Tal es el marco que sin duda sirve también de cobertura institucional a la LOSP de 1984, cuya promulgación deberá alterar, notable y radicalmente, el panorama aseguratorio nacional. Porque, en efecto, la LOSP nace dotada de una vocación de globalidad que impide contemplar la existencia de operaciones excluidas de la misma, de suerte tal que cualesquiera que se realice deberá poder calificarse como «sometida» [LOSP, artículo 2], «permitida» [LOSP, artículo 2 bis] o

«prohibida» [LOSP, artículo 3], aun cuando los sujetos que las concierten gocen de naturaleza jurídico pública [LOSP, artículos 4.2 y 4.3]. Lo que implicará, a los efectos que aquí interesan, el pleno sometimiento a la LOSP de las «operaciones de seguro o previsión» [LOSP, artículo 1.2], salvo que éstas pertenezcan a los «sistemas de previsión que constituyen la Seguridad Social obligatoria» [LOSP, artículo 1.3]. O, dicho sea con mayor contundencia todavía, la imposibilidad de pretender exclusiones basadas en la naturaleza del ente asegurador, tal y como acontecía en la precedente Ley de 16 de diciembre de 1954 [cfr. su artículo 2], puesto que ahora los montepíos o mutualidades de previsión social aparecen expresamente incluidos en su ámbito de aplicación [LOSP, artículo 7.1]. Tan es así, que la forma mutualista de aseguramiento únicamente reviste un régimen jurídico especial dentro de la propia LOSP [Cap. IV, artículos 16 a 21], de suerte que su norma actualmente re-

guladora [REPS] no constituye sino un reglamento de desarrollo de aquélla.

De acuerdo con todo lo cual podría ensayarse la siguiente tipología de entidades gestoras y/o prestatarias de protección social:

a) Entidades gestoras del sistema público de Seguridad Social, de ámbito universal [INSS, TGSS, etc.] o referidas a regímenes y sistemas especiales [MUFACE, MUNPAL].

b) Entidades sustitutorias de las entidades gestoras, cuyas prestaciones, en general independientes y compatibles con las públicas, son declaradas sustitutorias para los sectores laborales incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, pero que el 24.4.66 no estuvieran encuadrados en una institución de previsión laboral: Quedan excluidas de la LOSP [Disp. Fin. 2.^a] y regidas por la legislación precedente [RD. 1879/79, 23 junio].

c) Entidades voluntarias complementarias, que gestionan y otorgan protección social distinta de la básica y adolecen de estructura mutualista [entidades de previsión social]: Se hallan plenamente incluidas en el ámbito de aplicación de la LOSP [artículos 16 a 21], aunque sometidas a una regulación reglamentaria específica dictada en desarrollo de la misma [REPS].

d) Entidades mixtas, con funciones simultáneamente sustitutorias y complementarias de la Seguridad Social básica: Debieron proceder en el plazo de tres años (vencido el 3 de agosto de 1987) a la separación económico-financiera y contable de los recursos y patrimonio afecto a las prestaciones públicas que sustituyeran, rigiéndose la parte no sustitutoria por la LOSP en su nueva condición de entidades de previsión social.

e) Entidades obligatorias no sustitutorias: Quedan afectadas por la LOSP [Disp. Trans. 8.^a] hasta tanto no se produzca la integración de sus colecti-

«La LPFP de 1987 otorga a las EPS la doble posibilidad de ser entidades gestoras o promotoras»

vos en el sistema público de Seguridad Social.

II. Hacia un nuevo modelo de Seguridad Social complementaria

a) Dispensada mediante Entidades de Previsión Social

4. Las Entidades de Previsión Social [EPS], como se ha dicho sujetas plenamente a la LOSP y reguladas por un reglamento específico promulgado en aplicación de la misma [REPS], configuran el primer mecanismo de protección social complementaria, y operan bajo los principios de voluntariedad («modalidad aseguradora de carácter voluntario»), privacidad («entidades privadas»), autonomía prestacional («fuera del marco de los sistemas de previsión que constituyen la Seguridad Social obligatoria»), autofinanciación («aportaciones directas de sus asociados o de otras entidades o personas protectoras»), estructura mutualista (exclusión de ánimo de lucro y régimen de autoseguro), igualdad entre los socios («sin perjuicio de que las aportaciones y prestaciones guarden la relación estatutariamente establecida con las circunstancias que concurren en cada uno de ellos»), y asunción directa y completa de los riesgos asegurados («sin practicar operaciones de coaseguro o reaseguro»). Si bien debe advertirse que su carácter aseguratorio voluntario remite más a la naturaleza del acto de su constitución en cuanto entidad de pre-

visión (privado y dispositivo), que al hecho de revestir o no «carácter obligatorio a través de la negociación colectiva» en punto a la afiliación individual de sus miembros [REPS, artículo 1.2].

Sometidas a un intenso control público del Ministerio de Economía y Hacienda y su Inspección de Seguros, especialmente en cuanto se refiere al régimen de garantías financieras y de viabilidad que deben en todo instante mantener [LOSP, artículos 19, 22 y 46; REPS, artículos 26 y ss.] y que en su caso puede incluso conducir a la revocación de la autorización administrativa para operar [REPS, artículos 11 y 38], las EPS sufren empero importantes limitaciones derivadas de las operaciones de seguro que pueden efectuar, así como procedentes de una opción política en favor del sistema de Planes de pensiones cuya consecuencia es la preterición de aquéllas respecto de éstos. De este modo, sobre las EPS operan, en primer término, limitaciones cualitativas o relativas a las operaciones de seguro que pueden abordar, expresamente tasadas por la ley ya se trate de riesgos sobre las personas [LOSP, artículo 16.3; REPS, artículo 22.1 a)] o sobre las cosas [LOSP, artículo 16.4; REPS, artículo 22.1 b)]. Así como, en segundo lugar, restricciones cuantitativas referidas a los capitales o capitales-renta asegurados, que no podrán exceder de las cuantías máximas autorizadas en cada momento por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda [LOSP, artículo 16.3 final; REPS, artículo 22.3], v. gr., mediante el RD. 1.079/1989, de 1 de septiembre.

5. Pero, con todo, de su confrontación con el régimen jurídico aplicable a los Planes de pensiones derivan seguramente las mayores limitaciones comparativamente experimentadas por estas EPS, lo que las vuelve poco atractivas como fórmulas de protección social complementaria especialmente en el ámbito del empleo públi-

co, que es donde, precisamente, se desarrollaron con mayor intensidad las precedentes Mutualidades libres. Tales serían, sintéticamente expuestas, las siguientes:

a) Gozan, con carácter general, de un régimen fiscal menos favorable que el concedido a Planes y Fondos de pensiones.

b) Las limitaciones cuantitativas establecidas para las EPS no operan respecto del sistema de Planes de pensiones.

c) Se produce una verdadera imposibilidad material, desde la legislación presupuestaria para los años de 1986 y siguientes, de constituir EPS en el ámbito del empleo público si su financiación compromete, siquiera parcialmente, fondos públicos [cfr. L. 46/1985, 27 dic., Disp. Ad. 48.º].

d) Se califican como «pensiones públicas», a partir de la Ley de Presupuestos del Estado para 1985 [L. 50/1985, 30 dic., artículos 44 y 46], las prestaciones otorgadas por las EPS si financiadas, total o parcialmente, con recursos públicos, siendo por consiguiente de aplicación a las mismas las reglas sobre concurrencia de pensiones y cuantías máximas de éstas. Circunstancia que la jurisprudencia ha debido aceptar resignadamente, reconociendo que «aun desnaturalizándose el concepto, aquella ley otorga el carácter de pensión pública a las abonadas por las empresas o sociedades con participación mayoritaria en su capital por parte del Estado o cuya financiación se complementa con recursos públicos» [STS (4.ª) 19 dic. 88, artículo 9.857; 30 jun. 91, artículo 5.183, en unificación de doctrina].

Razón por la cual el propio legislador, al tiempo de abordar la regulación de los Planes y Fondos de pensiones en 1987, otorga a las EPS la doble posibilidad de constituirse bien como entidades gestoras de los mismos [LPFP, artículo 20.2; RPPF, artículo 40.3], bien como entidades «constituyentes» o «promotoras» de



Planes de pensiones acogidos al derecho transitorio contenido en aquella [ORTPFP, punto 1.º] a fin de transformar la previsión mutualista en el sistema de Planes y Fondos de pensiones [ORTPFP, punto 1.º.3]. En el primer caso, dispondrán del plazo de cinco años para alcanzar el Fondo Mutuo mínimo que exige el artículo 40.3 RPPF, debiendo además [LPFP, Disp. Trans. 4.ª.1] hallarse inscritas en el Registro Especial de Entidades Aseguradoras de la Dirección General de Seguros con anterioridad al 9 de junio de 1987, así como no gestionar entretanto «otros Fondos que no sean los constituidos a partir de la propia Entidad de Previsión Social por aplicación de la Disposición Transitoria primera de la LPFP», que habrán de «integrar únicamente Planes de pensiones que se establezcan sobre los colectivos cu-

yos miembros reunían las condiciones exigidas [«por los Estatutos de la(s) misma(s)»] para poder pertenecer a las Entidades de Previsión Social». Mientras que, en el segundo, será condición necesaria la previa formulación de un Plan de pensiones del sistema de empleo amparado en el régimen transitorio de la Disp. Trans. 1.ª de la LPFP [ORTPFP, puntos 1.º.3, 1.º.4 b), 1.º.5 y 2.º], o de un Plan de pensiones del sistema asociado amparado en idéntico régimen jurídico [ORTPFP, puntos 1.º.3, 1.º.4 b), 1.º.5, y 3.º].

b) Dispensada mediante técnicas de mejora directa de prestaciones

6. Analizado en páginas precedentes el contenido y naturaleza de los sistemas de protección social complemen-

taria que discurren mediante el recurso a la mejora directa de prestaciones, normalmente a cargo exclusivo de la propia empresa y generalmente pactados en la negociación colectiva, dos órdenes de problemas técnicos son los que gravitan sobre ellos y los que, en consecuencia, reclaman ahora nuestra atención.

«El control de los fondos internos permanecen en el exclusivo ámbito del empleador»

PROBLEMAS derivados, en primer término, del sistema de gestión por el que se opte y que, normalmente también, desembocará en el pago directo de las prestaciones a medida que se vayan reconociendo, o en la constitución de fondos internos constituidos por reservas contables ad hoc, administrados por la propia empresa y contemplados en una cuenta interior de la misma. Pues bien, si se opta por aquél (pago directo), parece evidente la imposibilidad de su cuantificación real, la inviabilidad técnica de reflejarlo en el pasivo de la empresa, su incompatibilidad con los sistemas ordinarios de capitalización, la dificultad que ofrece a su auditorización actuarial y, en fin, la ausencia de cualquier clase de participación sindical en la gestión correspondiente. Enseñando la práctica diaria que estas fórmulas terminan por resultar financieramente insoportables para las empresas que las adoptan, incapaces de prever la evolución de las obligaciones contraídas y, en no pocas ocasiones, de afrontarlas razonablemente. En tanto que constituir fondos internos, mecanismo más habitual y frecuente que el anterior, ofrece por

su parte dificultades no menos relevantes a pesar del mayor grado de formalización jurídica que presentan. Y, entre ellas, las siguientes:

a) Nos hallamos desde luego ante reservas que jurídicamente forman parte del patrimonio social de la propia empresa y que, por tanto, no sólo hacen a ésta directamente responsable caso de resultar insuficientes, sino que, además, se hallan indisolublemente anudadas a su destino y a sus zozobras. Queda así comprometido aquél sin que, de contrario, pueda tampoco garantizarse ni la viabilidad ni la estabilidad de las prestaciones reconocidas o en trance de reconocer.

b) Elusión generalizada de las normas contables de general aplicación [«Accounting Principles Board», «Financial Accounting Standards Board Interpretation», «International Accounting Standard Committee»], todas ellas referidas a la obligación de ofrecer información precisa a los afectados respecto de sus derechos, a la publicidad de las hipótesis actuariales aplicadas y sus eventuales alteraciones, a la cuantificación del valor actual de los compromisos adquiridos, o a la transparencia de la gestión financiera que efectúe el fondo correspondiente. Si bien no es menos cierto que el vigente Plan General de Contabilidad [RD. 1643/1990, de 20 de diciembre], promulgado en desarrollo del artículo 8 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de Sociedades, incluye ya previsiones —obligatorias— respecto a la contabilidad de estos fondos internos, así como en punto a los plazos (entre 7 y 15 años) máximos previstos para dotar las provisiones correspondientes a los déficits existentes entre los compromisos adquiridos y los asegurados y cubiertos por las empresas [Disp. Trans. 4.^a].

c) Inexistencia, también aquí, de

participación o de control sindical alguno, por cuanto los fondos internos permanecen en el exclusivo ámbito de disposición del empleador.

d) Finalmente, inexistencia de garantías precisas frente a supuestos de insolvencia empresarial, por cuanto se halla todavía pendiente de trasposición la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, cuyo artículo 8 textualmente ordena que «los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o centro de actividad del empresario en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social». Trasposición ciertamente compleja, pero que con seguridad sólo puede cumplimentarse ordenando la conversión de los fondos internos al sistema de Planes y Fondos de pensiones, puesto que de otro modo sería el propio Estado quien habría de garantizar, por sí mismo, las prestaciones correspondientes.

7. En el orden estrictamente jurídico-laboral no son menores los problemas que plantean las mejoras directas de prestaciones, por más que todos ellos remitan en este caso a la naturaleza reversible —aunque no retroactiva— de las mismas. Porque, en efecto, ya procedan de la voluntad unilateral del empleador, ya de pactos bilaterales incorporados a la negocia-

ción colectiva, lo cierto es que nos hallamos ante mejoras que únicamente constituyen expectativas de derechos respecto de aquellos trabajadores en quienes no concurren los requisitos correspondientes para causarlas en tanto se mantenga la voluntad que las concede o la vigencia del convenio colectivo que las regula.

Tal es el caso, vgr., de las mejoras directas establecidas en los viejos Reglamentos de Régimen Interior y gestionadas como fondos internos, que el Tribunal Supremo ha terminado por cercenar vía artículo 41 LET [STS, sala 3.ª, 24.10.91], a pesar de las resoluciones en contrario emanadas de la Audiencia Nacional [SAN, sección 4.ª, 6.2.89] y de la sala 4.ª del propio Alto Tribunal [sentencias de 11 y 15.4.91]. O el supuesto de aquellas otras finalmente transformadas en Planes de pensiones mediante acuerdo adoptado entre la empresa y los trabajadores, respecto de quienes decidan no adherirse al mismo [cfr., por ejemplo, SAN 3.2.92, proc. 214/91, sent. 15/92]. Y lo es también de las establecidas directamente mediante la negociación colectiva, porque, aun reconocida con unanimidad su naturaleza normativa, gozan con todo de la misma vigencia —temporalmente limitada— que el convenio que las establece, de suerte tal que únicamente afectan a quienes se hallen incluidos en sus ámbitos de aplicación y, además, reúnan los requisitos o se hallen en las situaciones que el propio convenio prevenga como presupuestos para su aplicación [cfr., por ejemplo, STCT 25.11.86, artículo 12.368; STSJM Madrid 8.4.91, AL, 1991, núm. 31, ref. 769]. Reversibilidad, salvo las ya causadas, por consiguiente, que no permite eludirse recurriendo a su calificación como condición más beneficiosa frente a eventuales supresiones ulteriores de las mismas [cfr., por ejemplo, STCT 3.12.86, artículo 13.081], ni tampoco a valorar estas últimas como perjuicios indemnizables por el empleador [cfr., por ejemplo, STS 23.10.90, artículo 7.709].

«En España los Planes de Pensiones se configuran como contratos colectivos de previsión»

c) Dispensada mediante Planes y Fondos de pensiones

8. La protección social complementaria dispensada mediante sistemas de Planes y Fondos de pensiones, típicos de los países industriales más desarrollados [Hebert] y ampliamente difundidos en la Europa comunitaria, tienen por función asegurar a sus beneficiarios un nivel de vida semejante al disfrutado durante los períodos de actividad antes que garantizar niveles de ingresos suficientes, objetivo éste que estaría reservado a los sistemas públicos obligatorios de base profesional. Forman parte, en consecuencia, de una concepción integrativa o compensatoria de la protección social, en virtud de la cual se trataría de reequilibrar las consecuencias igualadoras que para las pensiones públicas implica el reforzamiento de los mecanismos de solidaridad aplicados a formas contributivas basadas en un principio de reparto global [Rodríguez-Piñero]. Nucleados alrededor de un principio de capitalización a fin de asegurar su resistencia ante declives demográficos —alteración de la relación entre activos y pasivos— o bruscas situaciones de desempleo —reducción de los trabajadores cotizantes—, suelen exigir aportaciones de empresarios y trabajadores, garantizar decididamente la participación sindical en su gestión, y

disfrutar de generosos beneficios fiscales que bonifican o desgravan las aportaciones efectuadas al Plan.

En España los Planes de pensiones se regulan por vez primera en 1987, configurándose como contratos colectivos de previsión en virtud de los cuales se instituye «el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse» [RPPF, artículo 1.1]. Naturalizados legalmente como un patrimonio separado e independiente aunque sin personalidad jurídica propia, su constitución es en todo caso voluntaria y sus prestaciones gozan de naturaleza privada y no sustitutiva de las públicas que disponga el sistema público de Seguridad Social [RPPF, artículo 1.2]. Tipológicamente tripolares («sistema de empleo», «sistema asociado» y «sistema individual»), los Planes pueden también definir con plena autonomía sus modalidades prestacionales («prestación definida», «aportación definida» y «mixtos») siempre y cuando se ajusten a los principios normativos que los informan, a saber:

a) Principio de no discriminación, en virtud del cual debe asegurarse el acceso al Plan, en calidad de partícipe, a cualquier trabajador de la empresa que cuente al menos con dos años de antigüedad en la misma, si bien podrá establecerse en cada caso un período inferior al indicado [artículo 5.1, RPPF].

b) Principio de capitalización, de acuerdo con el cual las aportaciones, rentas derivadas de las inversiones efectuadas por el Fondo de acogimiento, derechos consolidados de los partícipes y prestaciones de los beneficiarios, deberán materializarse en «unos flujos financieros que se ajustarán estrictamente al sistema de

capitalización utilizado por cada Plan de pensiones» [RFPF, artículo 8.1, párrafo 2.º]. La capitalización podrá ser individual o colectiva [RFPF, artículo 8.2], y deberán además constituirse las provisiones matemáticas o fondos de capitalización y el margen de solvencia correspondientes mediante las reservas patrimoniales necesarias [RFPF, artículo 8.3], sin perjuicio de preverse la contratación de seguros, avales u otras garantías para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o afianzamiento de las prestaciones [RFPF, artículo 8.4].

c) Principio de irrevocabilidad, de conformidad con el cual las aportaciones del promotor tienen tal carácter desde el instante en que resulten exigibles, sin perjuicio de su desembolso efectivo [RFPF, artículo 9].

d) Principio de atribución de derechos, en cuya virtud la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada Plan corresponde a sus partícipes y beneficiarios [RFPF, artículo 10.2], además de que las aportaciones de aquéllos determinen para ellos «derechos consolidados» y prestaciones para éstos [RFPF, artículo 10.1].

e) Principio de correspondencia entre aportaciones y prestaciones, de acuerdo con las condiciones de seguro pactadas y los resultados del sistema de capitalización empleado [RFPF, artículo 14.1, párr. 2.º].

f) Principio de movilización relativa de los derechos consolidados de los partícipes, que sólo podrán hacerse efectivos en orden a su integración en otro Plan de pensiones o como consecuencia de producirse la contingencia protegida [RFPF, artículo 10.4]. Siendo circunstancias habilitantes para la movilización, en aquel supuesto [RFPF, artículo 20.5], la extinción de la relación laboral con el promotor del Plan, la pérdida de la condición de asociado en el caso de Planes del sistema asociado, la decisión unilateral del partícipe, o terminación del Plan,

«El legislador de la LPFP estableció un amplio dispositivo promocionador»

No obstante lo cual podrá el Plan prever la posibilidad de mantener al partícipe en su seno, si bien a título de partícipe en suspenso [RFPF, artículo 20.6].

g) Principio de integración obligatoria en un Fondo de pensiones, de suerte tal que cualquier Plan de pensiones deberá proceder a su integración en un Fondo de los constituidos y regulados por los artículos 25 y siguientes del RFPF, una vez que su Comisión de control, a la vista del proyecto de Plan, comunique a la Comisión promotora de éste la admisión del mismo [artículos 11.3 y 23.3, RFPF].

9. El legislador, empero, no quiso conformarse con abrir el ordenamiento jurídico a un sistema de protección complementaria cuya virtualidad estaba por cierto más que acreditada en nuestro entorno económico e industrial. Antes al contrario, estableció también un amplio dispositivo promocionador de los mismos que mientras propiciaba su constitución ex novo, alentaba también la transformación en aquéllos de las demás formas de protección hasta entonces ensayadas en nuestro país. Así, atribuyó importantes beneficios fiscales a los sistemas complementarios de cualquier clase que se acogieran al derecho transitorio contenido en la LPFP, al tiempo que posibilitaba el reconocimiento de derechos consolidados por servicios pasados al personal en activo que se incorporara a un Plan de pensiones procedente de la citada transformación [Disp. Trans. 1.º]. Asimismo, calificó las aportaciones empresaria-

les a los Planes de pensiones como gasto deducible a efectos del Impuesto sobre Sociedades, a diferencia de lo que ocurre en punto a las dotaciones a fondos internos cuya «administración y disposición corresponda a la propia empresa, así como a las (aportaciones) realizadas mediante autoseguro» [RD 2631/1982, de 15 de octubre, aprobatorio del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, artículo 107]. Declaró también fiscalmente deducibles las aportaciones de los trabajadores al sistema de Planes, en sus correspondientes declaraciones anuales sobre la renta [Ley 18/1991, de 6 de junio, artículo 28]. Y, por último, desbloqueó [Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, Disp. Trans. 7.ª] el límite máximo de las pensiones públicas establecido con carácter general si satisfechas por Planes de pensiones, de igual modo que permitió la promoción directa de éstos en el sector público sin alteración alguna respecto de los constituidos en el privado [LPFP, Disp. Fin. 2.ª; Ley 33/87, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, artículo 63].

No es de extrañar, en consecuencia, que las organizaciones sindicales alteraran radicalmente su opinión inicial, y saludaran finalmente el sistema de Planes y Fondos de pensiones como una alternativa razonable frente al deterioro de los regímenes públicos de Seguridad Social. Tan es así, que los dos sindicatos nacionales más representativos firman el 29 de marzo de 1990 un «Protocolo del Acuerdo entre las Confederaciones de la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras en orden a su actuación conjunta en el sector de Planes y Fondos de pensiones del sistema de empleo», en virtud del cual se establecen los criterios básicos que habrán de conducir en la materia, empezando por la constitución de candidaturas conjuntas a las Comisiones de control, ver-



daderos centros neurálgicos de los distintos Planes que la LPFP pone además en manos de los partícipes al otorgarles la mayoría absoluta en las mismas [LPFP, artículo 7.3, párr. 1.º]. Ello, claro está, a partir de la consideración de principio de que el nuevo sistema de protección social deberá operar como «complementario y nunca como sustitutorio o contrapuesto al régimen común de una Seguridad Social que desean amplia y solidaria». Y tampoco que CC.OO., en otros tiempos ciertamente reacia a su existencia, se proponga en su V Congreso Confederado de 1991 extenderlos a las pequeñas y medianas empresas, y reconvertir hacia los mismos las mejoras voluntarias pactadas en la negociación colectiva o gestionados desde fondos internos empresariales.

10. Los Planes y Fondos de pensiones, como mecanismo de protección

social complementaria, no se hallan exentos, con todo, de graves inconvenientes, cuya mera indicación, siquiera sumaria, se hace ahora precisa para concluir esta exposición.

En primer término, el sistema no ofrece soluciones definitivas en orden a la discriminación femenina, por cuanto la distinta esperanza de vida existente entre hombres y mujeres fundamenta cálculos actuariales que ponen de relieve una inevitable distorsión entre prestaciones y cotizaciones si aplicadas a uno y otro grupo de sujetos. Sin contar que son las mujeres quienes suelen experimentar más frecuentes interrupciones en su carrera laboral por razones familiares, o una mayor precariedad laboral en épocas de crisis, y que, a no dudar, alteran una carrera estable de seguro. Por más que nos hallemos ahora ante sistemas basados en la capitalización, debe

aquí sostenerse con firmeza un principio de no discriminación que impida la exigencia de mayores cotizaciones a igualdad de prestaciones o, al contrario, menores prestaciones si las cuotas son iguales para unos y para otras.

Es preciso reflexionar, en segundo término, en punto a la naturaleza jurídica de las aportaciones a los Planes de pensiones y, más en particular, respecto a su eventual calificación como salario diferido. Porque siéndolo con seguridad cuando de cuotas obreras se trata, al fin y al cabo voluntariamente aportadas por los trabajadores con cargo a su retribución salarial, es más que discutible afirmar lo propio en relación con las aportaciones empresariales, genéticamente anudadas a formas de protección asistencial antes que a la contraprestación directa e inmediata del trabajo prestado. Repárese

se, por lo demás, que calificar a éstas como tal implicaría, v.g.r., evaluarlas a fin de determinar las indemnizaciones debidas, contabilizarlas en la masa salarial global, o incluso contabilizarlas a efectos de cotización a los regímenes públicos de Seguridad Social.

En tercer lugar, un sistema rígido de Planes de pensiones que, por ejemplo, vinculara sus beneficios a una antigüedad mínima en la empresa, bien podría afectar negativamente a la movilidad del personal dentro de la misma, reduciendo su rotación precisamente para evitar la pérdida de los beneficios dimanantes de aquél. La movilización de los derechos consolidados debe pues contemplarse con la mayor flexibilidad, especialmente cuando se trata de derechos por servicios pasados pendientes de amortización por provenir de transformaciones en Planes de pensiones de otros sistemas de protección complementaria al amparo de la legislación transitoria de la LPFP. La sentencia de la Audiencia Nacional número 103/91, de 3 de julio, sentando a la sazón el principio contrario, es palpable muestra de cómo todavía tan delicadas cuestiones escapan a la buena voluntad judicial. Sin embargo, tam-

bién la movilidad intersectorial, y aun la libre circulación de los trabajadores, puede verse gravemente afectada si el sistema no ofrece al punto soluciones eficaces. La primera, porque puede frenarse indirectamente el desarrollo de nuevos sectores productivos respecto de otros periclitados o en declive, si aquéllos son incapaces de ofrecer prestaciones complementarias semejantes a las dispensadas por éstos a los trabajadores cualificados que precisen reclutar. Y, la segunda, porque la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio, únicamente autoriza el pago de prestaciones complementarias en cualquier Estado miembro de conformidad con el principio de libre circulación de capitales, pero no impide penalizaciones indirectas a los trabajadores que cambien de empleo y residencia, no evita la doble imposición, y no facilita tampoco la afiliación transfronteriza cuando menos si las distintas empresas pertenecen al mismo grupo transnacional.

Por último, el ordenamiento comunitario ofrece algunas desprotecciones y demasiadas rigideces al sistema de Planes y Fondos de pensiones. Entre las primeras deben contabilizarse dos: De una parte, la exclusión de las prestaciones complementarias del régimen

general de garantías que previene la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, para los casos de cesión contractual o de fusiones entre empresas. Y, de otra, la inexistencia de protección alguna en los supuestos de precariedad laboral (a tiempo parcial, interinidades), generalmente imposibilitados para pertenecer, o para permanecer, en un Plan de pensiones determinado; si bien, en este último caso, una propuesta de Directiva, de 13 de agosto de 1990, trata de equiparlos a tales efectos con el trabajo ordinario a tiempo completo. Entre las segundas, por fin, cabe anotar la inviabilidad jurídica de instaurar Planes y Fondos de Pensiones transnacionales aplicables a empresas de tal naturaleza, habida cuenta las restricciones que suelen establecer las legislaciones nacionales —y entre ellas la propia LOSP— a la libertad de inversiones o de localización geográfica de aquéllos. Aun cuando, de nuevo, otra propuesta de Directiva, de 21 de octubre de 1991, pretenda asegurar para el futuro la libertad de gestión y de inversión de los Fondos de jubilación, tal y como la Directiva 90/619/CEE, de 29 de noviembre, pudo establecer para los seguros colectivos de vida. ■

NOTAS

* El presente texto reproduce parcialmente la I Ponencia del III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Alicante los días 4 y 5 de junio de 1992, pudiendo consultarse su texto completo en las Actas del Congreso publicadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, «III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 13-46. Se halla cerrada, normativa y jurisprudencialmente, a la fecha de su celebración.

** Identificación normativa básica:
LBSS...Ley 193/1963, de 28 de di-

ciembre (BOE 30), de Bases de la Seguridad Social.

LGSS...D. 2.065/1974, de 30 de mayo (BOE 20 y 22 jul.), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

LSS...D. 907/1966, de 21 de abril (BOE 22), por el que se aprueba el Texto Articulado I de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

LPFP...Ley 8/1987, de 8 de junio (BOE 9), de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

LOSP...Ley 33/1984, de 2 de agosto (BOE 4 ag. y 30 oct.), sobre Ordenación del Seguro Privado.

ORTFPF...OM. 27 de julio de 1989 (BOE 31), reguladora del proceso de

formalización de Planes de Pensiones promovidos al amparo del régimen transitorio establecido en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 1.307/1988, de 30 de septiembre.

REPS...RD. 2.615/1985, de 4 de diciembre (BOE 15 en. y 8 feb. 1986), por el que se aprueba el Reglamento de Entidades de Previsión Social.

ROSP...RD. 1.348/1985, de 1 de agosto (BOE 3, 5 y 6 ag. y 26 sep.), por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado.

RFPF...RD. 1.307/1988, de 30 de septiembre (BOE 2 nov.), por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.