

GABRIEL GARCIA BECEDAS

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado

La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

Análisis de la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995

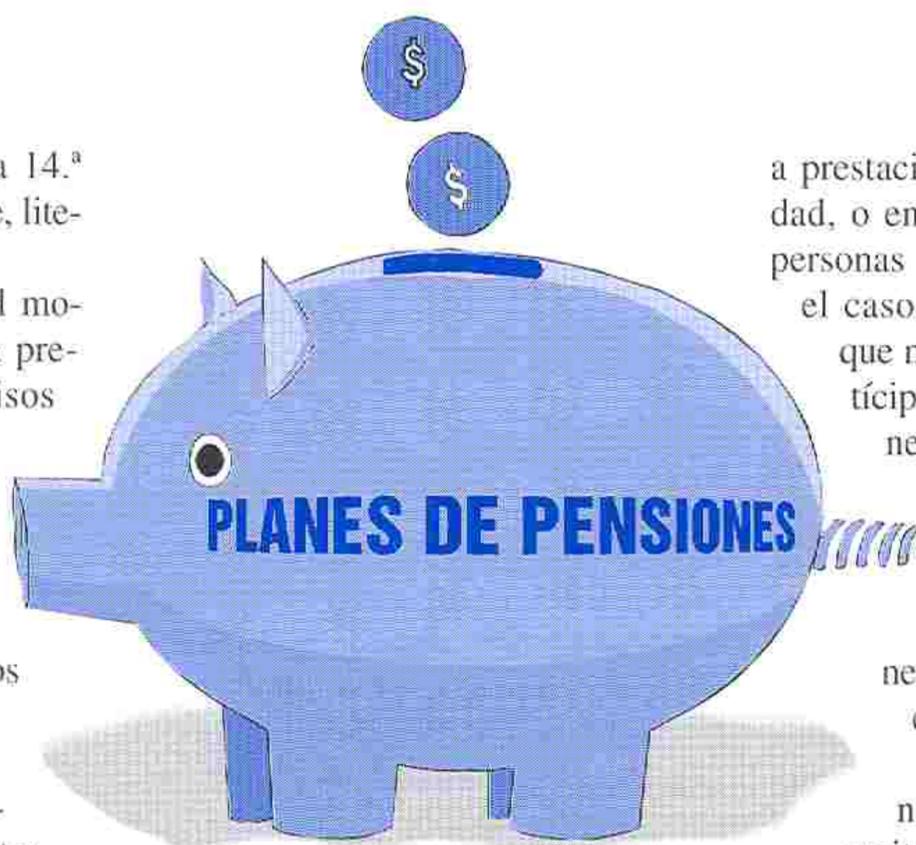
LA disposición transitoria 14.^a de la LOSSP (*) establece, literalmente, lo que sigue:

«1. Los empresarios que en el momento de entrada en vigor de la presente ley mantengan compromisos por pensiones con sus trabajadores o empleados cuya materialización no se ajuste a la disposición adicional primera de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, según la redacción dada por la presente ley, deberán proceder, en un plazo no superior a tres años desde la citada entrada en vigor, a adaptar dicha materialización a la citada disposición adicional...».

Por su parte, la mencionada disposición adicional primera de la LPFP previene que:

«Los compromisos por pensiones asumidas por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse... mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos...».

Debiendo entenderse que constituyen «compromisos por pensiones», según la propia disposición mencionada, «los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el



personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el artículo 8.6..., cualquiera que sea su denominación».

Y, por consiguiente, las «contingencias» y «prestaciones» que seguidamente se colacionan:

«a) Jubilación o situación asimilable... De no ser posible el acceso del beneficiario a tal situación, la prestación correspondiente sólo podrá ser percibida al cumplir los sesenta años de edad; b) Invalidez laboral total y permanente para todo trabajo y la gran invalidez; c) Muerte del partícipe o beneficiario, que pueden generar derecho

a prestaciones de viudedad, de orfandad, o en favor de otros herederos o personas designadas. No obstante, en el caso de muerte del beneficiario que no haya sido previamente partícipe, únicamente se pueden generar prestaciones de viudedad u orfandad» [LPFP, artículo 8.6].

«De acuerdo con lo previsto en cada plan de pensiones, las prestaciones podrán ser, en los términos que reglamentariamente se determinen: a) Prestación en forma de capital, consistente en una percepción de pago único; b) Prestación en forma de renta; c) Prestaciones mixtas, que combinen rentas de cualquier tipo con un único cobro en forma de capital» [LPFP, artículo 8.5].

Precisando finalmente la LOSSP, en el párrafo segundo del número 2 de su disposición transitoria decimocuarta, que entretanto se efectúe la externalización de tales compromisos «se mantendrá la efectividad de los compromisos por pensiones y el cobro de las prestaciones causadas en los términos estipulados entre el empresario y los trabajadores».

De las transcritas disposiciones legales cabe pues obtener una primera y

obvia conclusión. A saber, que deberán instrumentarse mediante contrato de seguro, plan de pensiones, o a través de ambos, cuantos compromisos por pensiones se hallen vigentes y resulten exigibles en las empresas a fecha 10 de mayo de 1996,

siempre y cuando: 1) deriven de obligaciones legales (v. gr., de un convenio colectivo estatutario) o contractuales (v. gr., de un pacto colectivo extraestatutario) del empleador con sus empleados, y 2) sean subsumibles entre las contingencias de jubilación, invalidez permanente total o gran invalidez, y muerte del partícipe o beneficiario. Externalización para el que se otorga un plazo máximo y preclusivo de tres años —que concluye el día 10 de mayo de 1999—, durante el cual se mantendrán, en sus propios términos, los compromisos sujetos a este singular proceso de instrumentación legal. Se trata pues de una obligación legal de externalización o instrumentación que, incidiendo directamente sobre el régimen jurídico ordinario de tales compromisos (contenido, normalmente, en los artículos 82 y ss. LET y en los artículos 39.1 y 192 LGSS), viene a imponerles la adaptación, en plazo, al marco normativo previsto en la disposición adicional primera de la LPFP. La LOSSP, en consecuencia, no altera el tratamiento normativo que deba otorgarse a los compromisos por pensiones entre tanto éstos no sean externalizados. Es más, expresamente ordena que aquél se mantenga, en los términos pactados o estipulados entre las partes, ínterin «tenga lugar el cumplimiento de la obligación» de externalizarlos. Pero, por contra, la LOSSP sí incide sobre ellos en punto a su vigencia temporal, así como respecto al contenido prestacional con el que, en su día, fueran pactados u otorgados unilateralmente



por el empleador. Analicemos esta cuestión más detenidamente.

En relación con su vigencia temporal, en primer término, es incuestionable que la LOSSP ordena que aquélla se prolongue hasta que tenga lugar la

transformación de los compromisos al sistema previsto en la LPFP. De suerte tal que su «efectividad» o exigibilidad jurídica ya no dependerá sólo de la virtualidad o vigor del acto, pacto o norma que los haya instituido, sino del hecho mismo de su transformación. La LOSSP anuda pues externalización y vigencia, manteniendo ésta en tanto aquélla no se produzca. Y expropia por ello a la fuente de reconocimiento de tales compromisos, sea unilateralmente el empleador (v. gr., mediante un acto de establecimiento colectivo de mejoras voluntarias), o sea la voluntad concurrente de empresa y trabajadores (v. gr., mediante un convenio o pacto colectivos), de la facultad de extinguirlos, suprimirlos o anularlos, porque la LOSSP exige («deberán») su «materialización», «adaptación» o «instrumentación» en un plan de pensiones, en un seguro colectivo, o en ambas cosas.

O, dicho sea de otro modo, mientras que hasta la entrada en vigor de la LOSSP estas mejoras voluntarias de prestaciones podían anularse o modificarse de conformidad con las «normas» que regularon su reconocimiento [LGSS, artículo 192, párrafo segundo], quedando su vigencia temporal vinculada a la de tales normas [artículo 85 LET si establecidas mediante convenio colectivo], a partir de la promulgación de esta ley y respecto de las existentes al tiempo de su entrada en vigor (10 de mayo de 1996), sólo cabe legalmente su instrumentación al sistema de planes y fondos de pensiones, porque la LOSSP impone una obligación ex lege

de externalización («deberán proceder... a adaptar dicha materialización») cuyo incumplimiento («hasta que tenga lugar el cumplimiento de la obligación») supone el mantenimiento indefinido de las mejoras («se mantendrá la efectividad de los compromisos por pensiones y el cobro de las prestaciones causadas») y una intangibilidad de las mismas («en los términos estipulados») que hace inaplicable el artículo 86.4 LET a estos supuestos. Ello sin contar que el cumplimiento extemporáneo de esa obligación legal, es decir después del plazo establecido para hacerlo (10 de mayo de 1999), implicaría además la pérdida de las especiales condiciones fiscales de la transformación ex disposiciones transitorias decimoquinta y decimosexta de la LOSSP, por su propia naturaleza aplicables únicamente a los supuestos de adaptación dentro del período máximo legal establecido.

Las previsiones normativas contenidas en el párrafo segundo de la disposición transitoria decimocuarta de la LOSSP juegan, así, las dos funciones diferenciadas pero sucesivas siguientes.

Conforme a la primera, que podríamos denominar función de estabilización normativa temporal, se prevé la inalterabilidad del régimen jurídico aplicable a los compromisos por pensiones mientras no se proceda a su externalización, de modo tal que resultarán exigibles, y tendrán el alcance prestacional, que exclusivamente derive de aquél conforme al acto, norma o pacto individual o colectivo que les hayan generado.

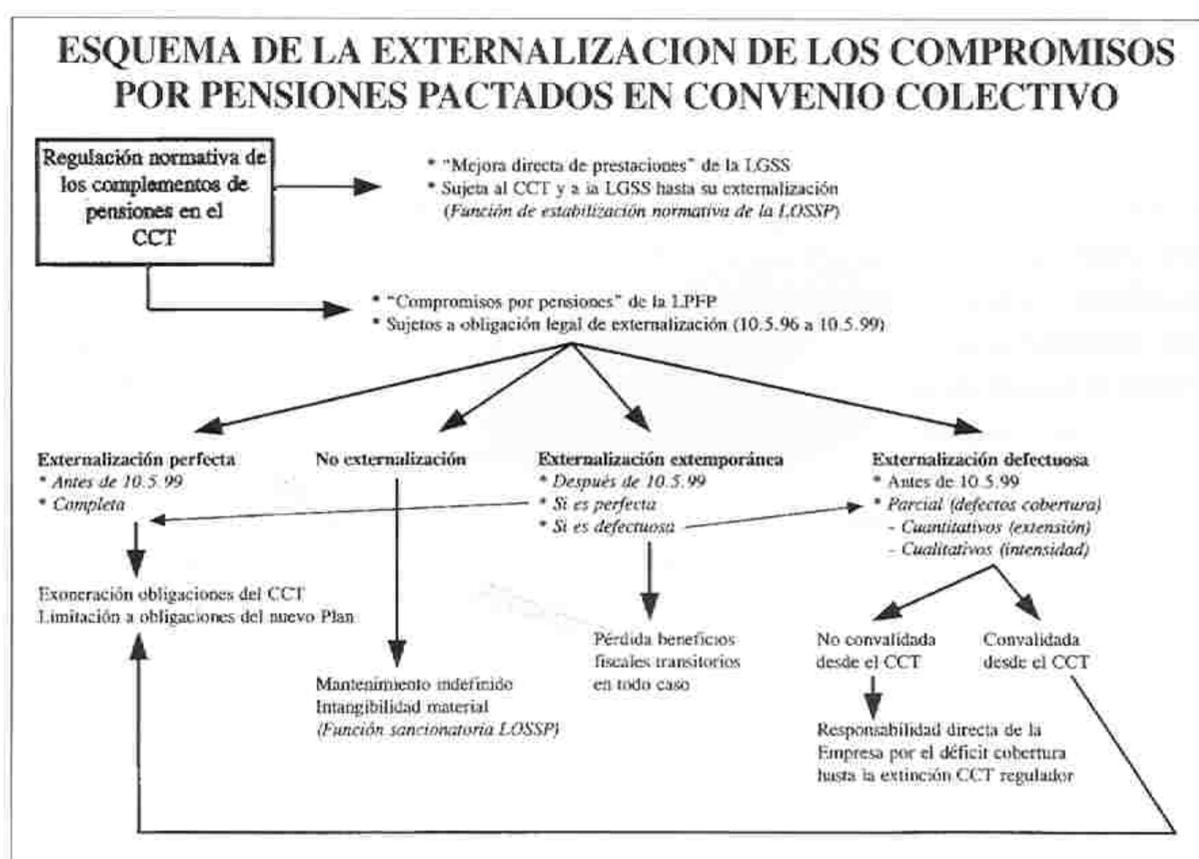
En tanto que, de acuerdo con la segunda, que cabe calificar como una auténtica función sancionatoria de la no externalización, la LOSSP ordena su vigencia indefinida, impone su intangibilidad y, por último, impide el acogimiento a las ventajas fiscales previstas para quienes cumplen la ley dentro del plazo establecido al efecto. Siendo conclusión adicional de todo ello, en

consecuencia, que la inacción de quien está obligado al cumplimiento de la norma («los empresarios... deberán proceder...») no genera el decaimiento de la obligación impuesta ni la inexigibilidad de las mejoras establecidas, porque aquélla es incondicional y éstas adquieren, en tal caso y ex lege, vigencia indefinida.

La segunda de las cuestiones que deben examinarse remite al contenido de las mejoras pactadas y vigentes a 10 de mayo de 1995, y más particularmente a la posibilidad de alterarlas, modificarlas, compensarlas o novarlas al tiempo de externalizarlas. Situándonos así en el escenario de una externalización insuficiente por defectos de cobertura de los compromisos por pensiones, ya porque cuantitativamente se transformen in peius, ya porque únicamente se transforme una parte de los mismos. Ello a partir, y a diferencia de la hipótesis precedente (ausencia pura de externalización), de una externalización efectiva y en plazo, por más que ésta no se ajuste, en principio, a la extensión (cualitativa) o intensidad (cuantitativa) de los compromisos externalizados.

El examen de la cuestión remite sin embargo, a su vez, a otra previa y crucial del modelo legal establecido en la LPFP y ratificado en la LOSSP, cual es la relación existente, si alguna, entre la fuente normativa de los compromisos por pensiones (un acto unilateral del empleador o, más frecuentemente, la negociación colectiva) y el instrumento mediante el cual debe producirse su externalización (plan de pensiones, seguro colectivo, o ambos). Cuestión técnicamente compleja y no resuelta enteramente por la ley, pero a la que cabe aproximarse desde las siguientes premisas de carácter general:

a) La previsión social complementaria, o «mejoras voluntarias de la acción protectora» de la Seguridad Social [LGSS, artículo 191], o «compromisos por pensiones asumidos por las empresas» en el lenguaje de la LPFP [dispo-



sición adicional primera], pertenece sin duda al espacio institucional enmarcado por la regulación de las condiciones de trabajo y de productividad en aquellas [LET, artículo 82.2], y por consiguiente remite al ámbito propio y más específico de la negociación colectiva como norma reguladora de cuantas materias de índole económica, laboral, sindical y de empleo interesan a los trabajadores y las empresas [LET, artículo 85.1].

b) Sin perjuicio de lo anterior, y derivado de la necesidad de impedir su volatilización en casos de insolvencia empresarial [Directivas 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977; 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980], los planes de pensiones y los seguros colectivos se configuran legalmente como los únicos «instrumentos» apropiados para dotar de efectividad a los «compromisos por pensiones asumidos por las empresas», ya sean 1) existentes al tiempo de la entrada en vigor de la LOSSP [disposición transitoria decimocuarta], ya sean 2) nuevos compromisos adquiridos a partir de su vigencia y formalizados en planes de pensiones en un plazo no superior a tres años [LOSSP, disposición transitoria decimoquinta, 2], o ya sean, en fin,

3) nuevos compromisos pero formalizados después de ese plazo o no instrumentados exclusivamente mediante tales planes [LPFP, disposición adicional primera].

c) Deduciéndose de lo dicho, en consecuencia, que la negociación colectiva (o, en su caso aunque más raramente, el acto unilateral del empleador) queda configurada como la fuente más típica del derecho prestacional, en tanto que el plan de pensiones o el seguro colectivo aparecen como su instrumento regulador o cauce instrumental legalmente apropiado para concretamente expresarle y hacerle jurídicamente efectivo [LPFP, disposición adicional primera].

d) A pesar de lo cual no es posible olvidar que la mencionada instrumentación discurre al margen de los sujetos que institucionalmente alumbran los compromisos por pensiones, por cuanto que —seguro colectivo al margen— será el promotor del plan de pensiones quien elabore el proyecto inicial del mismo [LPFP, artículo 9.1], será su comisión promotora quien le adopte más tarde como proyecto definitivo [LPFP, artículo 9.2], y será en fin la comisión de control del plan quien, ulteriormente, administre, ejecu-

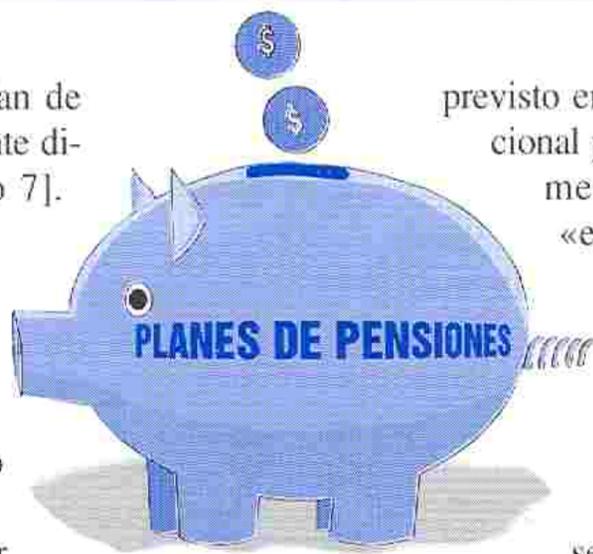
te y supervise el plan de pensiones propiamente dicho [LPFP, artículo 7].

Promotor y comisiones que no caben confundirse ni identificarse con quienes suscribieron el convenio colectivo cuyos compromisos por pensiones instrumentan,

por cuanto que —cuando menos del lado de los trabajadores— se trata de representaciones electivas distintas y diversas, y asumen funciones institucionales y legales diferenciadas y, en sus respectivos ámbitos, exclusivas.

Producida la externalización o instrumentación de los compromisos colectivamente asumidos, se plantea pues la cuestión de la suficiencia material de aquella, así como del ámbito donde deberá reconocerse como suficiente y de las consecuencias jurídicas de su eventual insuficiencia. Por cuanto que si bien es cierto que «una vez instrumentados la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a los asumidos en dichos contratos de seguro y planes de pensiones» [LPFP, disposición adicional primera, párrafo primero, inciso segundo], no lo es menos que, con frecuencia, nos hallamos ante cláusulas normativas de los convenios colectivos, cuya directa e inmediata aplicabilidad, y exigibilidad frente al empleador, resulta igualmente indiscutible.

[Antes de proseguir el presente análisis debe advertirse, sin embargo, que las conclusiones del mismo únicamente resultan aplicables a los compromisos por pensiones existentes al tiempo de la entrada en vigor de la LOSSP (10.05.1996), habida cuenta que los «nuevos compromisos», o compromisos pactados o establecidos con posterioridad a esa fecha, seguirán el régimen ordinario (y no transitorio)



previsto en la disposición adicional primera LPFP. Régimen que somete su «efectividad» o exigibilidad a una doble condición, suspensiva («los compromisos... deberán instrumentarse desde el momento en que se inicie el deven-

go de su coste...») y resolutoria («la efectividad de los compromisos por pensiones y del cobro de las prestaciones causadas quedarán condicionados a su formalización en los instrumentos referidos en el párrafo primero...»), cuyo incumplimiento sólo genera, para el empleador, responsabilidad empresarial por incumplimiento de las leyes sociales («el incumplimiento por la empresa de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones asumidos constituirá infracción en materia laboral de carácter muy grave, en los términos prevenidos en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social»)].

En tal sentido, no puede caber duda de que la exoneración de responsabilidad empresarial derivada del convenio colectivo se producirá, nítidamente, en los dos siguientes casos: primero, y como es obvio, cuando la externalización o instrumentación resulte materialmente adecuada a los compromisos contraídos por la empresa, en tanto que en ese caso únicamente experimentarán la alteración de su régimen jurídico, que transitará desde el establecido en el convenio colectivo que los genera hasta el vehiculizado a través del plan de pensiones (o seguro colectivo) que los instrumenta, y que desplazará con ello la responsabilidad desde la empresa hasta el instrumento elegido [«una vez instrumentados la obligación y responsabilidad de las empresas... se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguro y planes de pensio-

nes»: LPFP, disposición adicional primera, párrafo primero, inciso segundo]. Y, en segundo término, cuando aun siendo objeto de una externalización material insuficiente, es decir, cuando se instrumenten mediante un plan de pensiones (o seguro colectivo) que altere cuantitativa o cualitativamente su contenido prestacional, las partes negociadoras del convenio colectivo acuerden expresamente la convalidación de la insuficiencia, ya sea modificando y ajustando el convenio que los instauró inicialmente, ya sea manifestando formalmente que a partir de la formalización del plan (o de la firma del contrato de seguro colectivo) las obligaciones y responsabilidades de la empresa quedan estrictamente circunscritas al plan (o al seguro) formalizado.

La cuestión más compleja remite, así, al tercero de los supuestos posibles; a saber, cuando además de producirse una externalización insuficiente, se mantiene temporalmente la vigencia en sus propios términos del convenio colectivo que establece compromisos cuantitativa o cualitativamente distintos de los instrumentados en el plan de pensiones (o en el seguro colectivo). Porque, en tal caso, cobra toda intensidad la dualización institucional del modelo legal que analizamos, revelando las dificultades técnicas que presenta un sistema donde quienes acuerdan los compromisos (comisión negociadora del convenio colectivo) no son los legalmente llamados a instrumentarlos con posterioridad (promotor y comisiones promotora y de control del plan de pensiones).

A pesar de la aparente contradicción, o incluso novedad, que todo ello parece entrañar, debe señalarse que no se trata en verdad de un problema inédito en la materia. Antes al contrario, el examen de la jurisprudencia de los tribunales laborales pone de manifiesto que, con frecuencia, se han venido planteando estos mismos problemas ante la jurisdicción social cuando esta-

blecidas mejoras voluntarias en la negociación colectiva, y acordado también que su instrumentación discurrirá mediante un seguro colectivo tomado por la empresa, éste no se formaliza [STSJ-Galicia, 27.07.1994, Ar. 2866; TSJ-Galicia, 27.03.1996, Ar. 606], excluye a algunos trabajadores de la póliza [STSJ-Canarias/Santa Cruz de Tenerife, 07.07.1994, Ar. 2911], resulta ser insuficiente respecto de aquéllas [STSJ-Asturias, 23.07.1992, Ar. 3504; STSJ-Cantabria, 11.12.1992, Ar. 5960; STSJ-Canarias/Santa Cruz de Tenerife, 16.12.1994, Ar. 4949], o no coincide el interés asegurado con el exacto contenido prestacional pactado en el convenio colectivo [STSJ-Aragón, 19.04.1995, Ar. 1364]. Declarándose en todos ellos, con absoluta firmeza, que la empresa obligada deviene en responsable directa y exclusiva frente a los trabajadores, no exonerándose de su responsabilidad cuando existe discrepancia entre los compromisos asumidos y el ámbito de la cobertura asegurada. Doctrina ésta que podría ser resumida invocando la STSJ-Andalucía/Málaga de 25 de enero de 1995 [Ar.190], cuando señala:

«Pues bien, la primera cuestión que se suscita es qué ocurriría en el supuesto de que la póliza de seguro no se haya concertado. El contenido habitual de los convenios va referido a que la empresa concierte un seguro; es decir, que en principio podría pensarse que la obligación empresarial para con los trabajadores se concreta y está limitada a concertar tal seguro, pero resulta evidente que lo que se pretende con aquel contenido convencional es conseguir que las cantidades que se establezcan se perciban realmente por los que resulten en su día beneficiarios, y la cláusula del convenio quedaría vacía de contenido si el seguro no se concertara y por tanto no se abonara la cantidad en cuestión; si no existe seguro, el problema que se plantea es quién deberá abonar la cantidad, y hay que entender que la responsabilidad del pago que

Se ha de entender que existe responsabilidad empresarial si la póliza de seguros que garantiza las mejoras se concierta tiempo después de la fecha de declaración de la incapacidad o fallecimiento

habría recaído en la empresa aseguradora, le corresponde a la empresa que incumplió la obligación que le atañía... Asimismo, se ha de entender que existe responsabilidad empresarial si la póliza de seguros que garantiza las mejoras se concierta tiempo después de la fecha de declaración de la incapacidad o fallecimiento, porque no puede responder la compañía aseguradora si en tal fecha no existía concertada la póliza. Las mismas consecuencias tendrá para la empresa el hecho de no haber incluido a alguno o algunos trabajadores en la lista de asegurados... Otra de las posibilidades es que el objeto del seguro no sea coincidente con el contenido del convenio..., y ello supondría que alguno de aquellos empleados de la empresa que por el convenio tenga derecho al percibo de la cantidad fijada en el mismo, pueda encontrarse con que no está cubierta su situación por el seguro, y de nuevo habrá que entender que será responsable del pago de la cantidad la empresa... Es decir, que en todos aquellos casos en los que el seguro no cubra los supuestos establecidos en el convenio y, por tanto, la compañía (aseguradora) no pueda ser considerada responsable del abono, la responsabilidad recaerá sobre la em-

presa que ha incumplido su obligación de asegurar según lo establecido en el convenio, porque no es suficiente con concertar una póliza de seguros, sino que tiene que tener una efectividad económica, que es lo pretendido por la norma; así pues, si aun existiendo un seguro la compañía no viene obligada a indemnizar a causa de los términos en que se haya realizado aquél, la cantidad deberá abonarla la empresa de que se trate».

La externalización insuficiente mantendrá pues, en estos casos, la responsabilidad directa de la empresa obligada a los compromisos por pensiones pactados, sin que el hecho de su instrumentación mediante un plan de pensiones o un seguro colectivo la exonere plenamente de aquéllos. De suerte tal que la diferencia entre externalizar insuficientemente o simplemente no hacerlo, estribará en que mientras en el primer caso la responsabilidad directa empresarial se anuda a la vigencia (inicial o prorrogada) del convenio colectivo insuficientemente instrumentado, en el segundo tal responsabilidad devendrá indefinida como consecuencia del incumplimiento puro y simple de la obligación legal impuesta a las empresas en la disposición transitoria decimocuarta de la LOSSP. ■

Abreviaturas utilizadas:

LET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LGSS: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LOSSP: Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

LPFP: Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, parcialmente modificada por la disposición adicional undécima de la LOSSP.

RFPF: Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.