

**Notas sobre la caracterización jurídica
de los planes privados de pensiones
(en especial de los planes del
sistema de empleo)**

por

José Luis Monereo Pérez*

SUMARIO: I. Caracteres técnico-jurídicos de los Planes privados de Pensiones como sistemas de previsión voluntaria. 1. Carácter voluntario y principio de no discriminación. 2. Carácter no sustitutivo y complementariedad eventual de la acción-protectora del sistema de Seguridad Social. 3. Naturaleza jurídico-privada del sistema de Planes de Pensiones. 4. Carácter no salarial de las contribuciones y prestaciones de previsión. II. Formalización jurídica de los Planes del sistema de empleo: las fuentes creadoras del sistema de empleo. 1. Planteamiento general. 2. La autonomía colectiva como posible fuente constitutiva del Plan de Pensiones del sistema de empleo. 3. La implantación del sistema de previsión colectiva por «decisión unilateral» del empleador. La exigencia de un acuerdo «ad hoc» con los potenciales partícipes del Plan.

I. Caracteres técnico-jurídicos de los Planes privados de Pensiones como sistemas de previsión voluntaria

Los Planes de Pensiones son manifestación de autonomía privada, expresión de un espacio señalado por el Derecho estatal (el derecho producido por el Estado) a dicha autonomía respecto a su intervención en la esfera de la protección social. Los Planes privados de pensiones en cuanto técnicas de protección voluntaria refieren en nuestro derecho positivo a las nociones interrelacionadas de previsión y provisión, es decir, acción de anticiparse a hechos futuros y de disponer medios adecuados para atender a lo previsto. Desde un planteamiento general, las técnicas de previsión pre-

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada.

sentan una serie de características básicas proyectables, en términos generales, a los diferentes mecanismos o instrumentos concretos que las materializan en su conformación jurídico-social. Tales caracteres fundamentales son los siguientes: La contributividad o el carácter esencialmente contributivo de la financiación (a subrayar el rasgo de autofinanciación en los sistemas de previsión voluntaria); una determinación previa tanto en los riesgos o situaciones de necesidad objeto de cobertura como de los sujetos protegidos por el régimen o sistema protector; y, en fin, un margen suficientemente razonable de seguridad (a destacar las garantías de provisión) de que frente a la actualización de las contingencias previstas el sistema cubrirá las situaciones de necesidad determinadas que éstas ocasionen.

De la regulación legal de los Planes de Pensiones pueden extraerse sus rasgos más sobresalientes en cuanto regímenes de previsión privada. En efecto, la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (LPFP), queriendo establecer la «naturaleza» de los Planes de Pensiones acaba configurándolos como instituciones de previsión voluntaria y libre (en el sentido de constituidos voluntariamente; formas voluntarias de protección social), de origen privado y carácter contractual, teniendo sus prestaciones carácter privado, y pudiendo ser, además, complementarias o no de las preceptivas (obligatorias) en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, aunque, en ningún caso, sustitutivas de éstas últimas. Del art. 1 LPFP se infiere la necesaria existencia *simultánea* en el Plan de Pensiones de tres elementos conceptuales básicos:

1. *Carácter voluntario y principio de no discriminación*

A) La voluntariedad

Este elemento inicialmente refiere al carácter voluntario de la implantación por la iniciativa privada. En efecto, derivación lógica del carácter privado y contractual de los Planes de Pensiones es la voluntariedad en su establecimiento o constitución por parte de la iniciativa privada o, en otras palabras, el carácter voluntario de los regímenes privados de pensiones. Expresa el art. 1.2 LPFP, aludiéndose a la instauración misma de los Planes, que han de ser «constituidos voluntariamente», adoptándose aquí en la exigencia de la voluntariedad una perspectiva, desde luego, más institucional (del propio sistema o régimen privado instituido) que subjetiva individual. Es justamente esta nota característica del Plan lo que le califica como régimen de previsión voluntario. Ello significa que la creación de los Planes de Pensiones deben encontrar su fuente en un acto o negocio jurídico emanación de la autonomía privada, requiriéndose, en principio, una libertad de iniciativa y de elección. En esta preeminencia de la iniciativa privada es donde se comprueba una de las diferencias más importantes entre los regímenes privados y los regímenes públicos obligatorios, porque, por definición, el acto de creación de un régimen privado de previsión es siempre voluntario.

Este entendimiento en la exigencia del carácter voluntario del sistema privado de pensiones guarda una perfecta coherencia con la, ciertamente ambigua, formulación del último inciso del art. 41 CE al reconocer que la asistencia y prestaciones complementarias del sistema público de Seguridad Social serán libres, garantizándose así el carácter voluntario de los regímenes complementarios. Podría decirse entonces que la obligatoriedad en el establecimiento del «régimen» complementario es, si acaso, lo que más exactamente viene a prohibir el precepto contenido en el indicado art. 41 CE, al precisar que las prestaciones complementarias serán libres¹. En el fondo la nota de voluntariedad (conectable con la de libertad) se ha de relacionar con el mal llamado «tercer nivel» de protección social que se desea inferir del texto constitucional: El «nivel complementario libre» (que en puridad serían «niveles» o regímenes complementarios), caracterizado por las notas de libertad, voluntariedad y complementariedad o suplementariedad. Ahora bien: se ha de matizar que, de ser ello cierto, la nota de «libertad» implicaría, ante todo, que la creación del régimen de previsión es facultativa tanto para la iniciativa privada como para la iniciativa pública². Respecto a la iniciativa particular, lo que sucede es que la LPFP, realizando con ello una elección política entre las alternativas posibles en el desarrollo de las previsiones constitucionales —aunque perfectamente legitimada en el marco constitucional—, establece en todo caso el carácter privado de los Planes complementarios de pensiones (en su creación, organización y estructura de funcionamiento), por lo que en la LPFP la voluntariedad queda vinculada necesariamente al presupuesto jurídico, intrínseco o connatural, de todo negocio contractual. Si esta interpretación se mantiene con firmeza se puede sostener que a los efectos de la LPFP la voluntariedad adquiere inevitablemente el doble sentido de sistema no obligatorio («libremente» creado por la iniciativa privada sin intromisión constitutiva determinante de la actividad de los particulares por parte del poder público) y autofinanciado, y esto en el sentido de que son los propios particulares participantes los que han de soportar el sacrificio personal que requiere la constitución del ahorro-pensión.

Quedan por examinar, no obstante, algunas cuestiones relacionadas con el carácter «libre» de las prestaciones de previsión complementarias del sistema público de pensiones. La primera de las observaciones que conviene hacer alude a que el mencionado carácter voluntario de los regímenes complementarios privados debe ser, en realidad, matizado por la consideración de otras posibles interpretaciones del requisito de la voluntariedad, habida cuenta del arduo problema que suscita la hipótesis de que de un convenio colectivo se pueda derivarse una obligación de pertenencia a los Planes de Pensiones del sistema de empleo de todos los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, impidiendo, por consiguiente, la libre adhesión individual del trabajador. Precizando los términos de esta última cuestión suscitada cabría interrogarse sobre si queda respetada la exigencia de la voluntariedad cuando la constitución del Plan derive de la negociación colectiva y del convenio colectivo resultante se deduzca la adhesión forzosa del trabajador sujeto al mismo, y, más concretamente, sobre si la

voluntariedad implica para todas las modalidades de Planes de Pensiones «libre aceptación individual» tanto por parte de los promotores como de los partícipes.

Para los Planes del sistema de empleo aparentemente podría pensarse en la solución fácil —pero, como demostraré, errónea por inaplicación en nuestro caso— de aplicar a esta modalidad de Plan uno de los rasgos específicos de las llamadas «mejoras voluntarias de la Seguridad Social». De este modo, como es conocido, de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido, Decreto 2065/1974, de 30 de mayo) (LGSS) y de la Orden de 28 de diciembre de 1966, reguladora de las Mejoras Voluntarias de la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social (OMV), se infiere la imposibilidad de que un trabajador individual pueda apartarse del sistema complementario formalizado en un convenio colectivo. O, dicho desde otra perspectiva, una de las notas definitorias de las «mejoras voluntarias» de la acción protectora es su eficacia colectiva, esto es, «su cualidad de afectar indistintamente a un grupo de individuos, delimitado según datos objetivos, sin posibilidad de inclusiones o exclusiones “ad personam”» (Cfr. art. 179 LGSS)³. Pero tal aplicación no parece procedente: por una parte, el sistema jurídico de las Mejoras Voluntarias y el régimen complementario (eventual) de los Planes de Pensiones son en nuestro derecho positivo vías jurídicas completamente distintas para canalizar los esfuerzos voluntarios en materia de previsión complementaria. Más exactamente, el sistema de Mejoras Voluntarias (en cuanto configuradas por ministerio de Ley como Seguridad Social complementaria sujetas a un régimen legal preceptivo) pueden actuar junto —pero de forma paralela— con los llamados «régimenes complementarios» que no actúan Seguridad Social complementaria y que igualmente están sometidos a un régimen jurídico especial distinto por completo del establecido en la regulación en vigor de las Mejoras Voluntarias⁴, extremo que se analizará más adelante. Si no pueden confundirse ambos sistemas será muy difícil (sino imposible) que pueda hacerse reclamo, para integrar el sistema legal de los Planes y Fondos de Pensiones, a uno de los rasgos más singulares, genuinos, de las Mejoras Voluntarias no extrapolable para su proyección a otros sistemas que incluso puedan tener una finalidad complementaria de las prestaciones básicas del sistema público de Seguridad Social.

Conviene precisar, por otra parte, que el problema inicialmente suscitado no afecta al principio de no discriminación, que es expresión del principio general de igualdad de trato del colectivo laboral mejorado (en relación al cual el recurso al sistema de las Mejoras voluntarias bien pudiera tener una cierta utilidad jurídicocrítica ante la diversidad de tratamiento de semejantes problemas prácticos que son resueltos en sentido distinto por el ordenamiento jurídico), puesto que en nuestro caso no se plantea el supuesto capaz de contradecirlo: Que no quede garantizado que todo trabajador que cumpla con los requisitos exigidos pueda acceder al régimen privado de pensiones. La cuestión examinada es, sin embargo, distinta en cuanto que refiere al problema de si existe o no libre adhesión del trabajador individual, es decir, si la adscripción o afiliación individual al Plan

de Pensiones es o no voluntaria, en otras palabras: si cabe que lo dispuesto al respecto en convenio colectivo implique la incorporación automática del trabajador al régimen complementario (derivado de la negociación colectiva) sin que se requiera su consentimiento *ad hoc*. La solución de la antinomia obliga a examinar la configuración constitucional del pretendido «nivel» complementario voluntario y libre y del desarrollo estatal de las previsiones constitucionales sobre el particular. El tema merece un detenido tratamiento, que no es posible realizar en estas páginas, y no sólo en la perspectiva constitucional (que interesa tanto en lo relativo a la consagración de los sistemas de protección social como respecto al reconocimiento del derecho constitucional a la negociación colectiva) sino también en el plano de la legislación ordinaria (LPFP y Ley del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980; LET).

En el plano constitucional parece claro que la exigencia de la obligatoriedad en la instauración del sistema complementario es justamente lo que viene a impedir el art. 41 CE, al ordenar que las prestaciones complementarias sean «libres». Pero al propio tiempo en dicha disposición se admite la posible concurrencia en este ámbito de protección de la iniciativa privada y de la iniciativa pública, rechazando, en consecuencia, el monopolio público del establecimiento y de la gestión de los regímenes complementarios voluntarios situados al margen del sistema público de Seguridad Social estricta. Lo que implica la exclusión del monopolio estatal de la **previsión complementaria voluntaria**. Pero si se repara en la vaga —y, por lo demás, imprecisa— fórmula constitucional (basta notar, por un lado, que no se menciona la existencia de un «nivel o régimen de protección» sino simplemente de «prestaciones complementarias libres», y que, por otro lado, el término «libre» es perfectamente ambiguo ante su significación etimológica realmente polivalente) el principio de libertad que parece también consagrarse tiene más que una dimensión puramente individual/subjetiva una dimensión fundamentalmente institucional, en cuanto que la nota de libertad se predica respecto a la constitución y el funcionamiento mismo del régimen de previsión voluntaria estructurado al margen del «régimen público de Seguridad Social». Pero es que, además, como se abundará en ello más adelante, entre el régimen jurídico de las «Mejoras Voluntarias» y el correspondiente a los Planes y Fondos de Pensiones (regulados conforme a la Ley 8/1987, de 8 de junio) se dan diferencias considerables que no autorizan en rigor confusión alguna entre los institutos jurídicos referidos.

No menos evidente resulta que el art. 37.1 CE (en relación con el art. 7 de la norma fundamental) viene a garantizar, sin límites materiales explícitos, no sólo el mero derecho a la negociación, sino más amplia y comprensivamente, la eficacia de los acuerdos obtenidos en la negociación; y, en particular, la eficacia jurídica vinculante [interpretada, con acierto por ALONSO OLEA⁵, como eficacia normativa vinculante] de los convenios colectivos en cuanto expresión cualificada de la autonomía colectiva. Ello se comprenderá que es sumamente relevante a fin de determinar si los trabajadores que están dentro del ámbito de aplicación del convenio válidamente celebrado tienen o no un derecho de adhesión individual al Plan pre-

visto en el mismo (a modo de una libertad individual negativa de no pertenencia al Plan), y si se podría evitar en tal caso el efecto obligatorio general (la eficacia personal generalizada) de la norma colectiva.

Ante la ambigüedad de los términos empleados en la norma constitucional es probable, que en términos generales, no pueda objetarse que sea constitucionalmente legítimo pensar que dentro del sistema constitucional tienen acogida soluciones diversas. Además, se ha de hacer notar, que atendiendo al principio de jerarquía normativa ex art. 9.3 CE, la norma estatal puede estimar —al amparo de una interpretación algo forzada del art. 41 CE— la «conveniencia» de consagrar en la legislación ordinaria un derecho de adhesión individual del trabajador al Plan comprometido en la negociación colectiva, y que, en consecuencia, aún admitiendo que ésta pueda entrar en la regulación de estas materias, se haya de dejar a salvo el derecho de incorporación voluntaria del trabajador al régimen de los Planes de Pensiones derivados de actos de autonomía colectiva. Pero, entendiéndose bien que el mentado art. 41 CE no obliga a ello entodos los casos, y que, por otra parte, al hacerlo se efectúa una elección fundamentalmente de política legislativa que implica optar por la no potenciación del juego de la autonomía colectiva en el campo (en el «espacio social») de los regímenes complementarios privados previstos en la LPFP. Constitucionalmente, se insiste, hubiera sido admisible (y en parte, como se verá, lo posibilita la LPFP, no así, sorprendentemente, el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por R.D. 1307/1988) limitar ese «derecho individual» en aras del fortalecimiento de la negociación colectiva (y, es objeto, de los intereses colectivos a los que sirve) en la instauración de medidas previsoras de eficacia colectiva. Dicho de otro modo: Si se reconoce un derecho de adhesión de configuración individual (primándose así la tutela individual del interés a la protección frente a las situaciones de necesidad) cuando incluso el Plan derive de lo pactado en la negociación colectiva, tal reconocimiento acaba produciendo el efecto social de reducir, e incluso, limitar a estos efectos el poder sindical. Y ésta es una de las opciones político organizativas adoptadas (de ser ello así), porque en realidad el art. 41 CE no obliga necesariamente (ni menos en todo caso) a que el legislador que desarrolle las previsiones constitucionales conforme un derecho de adhesión individual al Plan de Pensiones cuya creación esté comprometida en la negociación colectiva. La fórmula constitucional es abierta en este sentido. Con lo que en el plano constitucional dicha «limitación» a los normales efectos de las normas colectivas (al reconocerse en la legislación ordinaria la adhesión voluntaria individual de cada uno de los trabajadores a los Planes de Pensiones; trabajadores que inicialmente tendría, en el más amplio sentido, la consideración jurídica de **potenciales partícipes**) sería procedente —aunque probablemente inconveniente desde una perspectiva sindical— en atención a los términos en los que se expresen las normas legales pertinentes.

Pues bien, desde la perspectiva de la legislación ordinaria, la LPFP parece mostrarse en cierto modo «neutra» o, al menos, imprecisa en relación a este punto, ya que cuando hace referencia a que los Planes han de ser

«constituidos voluntariamente» (art. 1.2 LPFP) está sin duda adoptando una posición institucional en cuanto a la exigencia de la voluntariedad en la constitución misma del Plan (como institución de previsión voluntaria y libre) no referible en principio ni automáticamente a una libertad de afiliación individual de los que han de ser partícipes y posibles beneficiarios; o, sencillamente, no referible genérica e indiferenciadamente a todas las modalidades de Planes de Pensiones por encima de sus peculiaridades. Derecho de configuración y adhesión individual que se impondría por razones obvias (al estar ausente una dimensión colectiva laboral y por ello —como corolario— quedando excluido el juego de la negociación colectiva, cuya intervención sólo está legalmente prevista en los Planes del Sistema Individual, para los cuales significativamente la propia LPFP prevé en su art. 5.1.a) que:

«Un Plan del sistema individual será no discriminatorio cuando cualquier persona que manifieste **voluntad de adhesión** y tenga voluntad de obligarse pueda hacerlo en los términos contractuales estipulados para cualquiera de los miembros adheridos».

Sin embargo, al aludir al principio básico de no discriminación en los Planes del Sistema de Empleo no se establece, pudiendo hacerlo, tal derecho de adhesión individual para el trabajador, a no ser que los términos que utiliza el mentado precepto para el Sistema de Empleo cuando refiere a que «esté acogido o en condiciones de acogerse al citado Plan» sea interpretado como posibilidad de que el trabajador que esté comprendido en el campo de aplicación del convenio —entre el colectivo protegido por el Plan— pueda separarse rehusando su incorporación al régimen de previsión colectiva derivado de la negociación colectiva, lo que parecería bastante forzado.

Menos «neutrales» parecen las adiciones «innovadoras» introducidas por el RFPF. Por una parte, el art. 5.2 RFPF dispone que en los Planes del Sistema de Empleo «cuando sean de la modalidad de prestación definida o mixto, el empleado en condiciones de acogerse (por lo que parece aceptarse aquella interpretación forzada de que se habló) podrá ejercitar su **derecho de adhesión al Plan**, dentro del año natural en el que alcance aquellas condiciones». Todavía más: el art. 13.2 RFPF lleva a cabo una lectura severamente «restrictiva» y forzada de la redacción del art. 5.1.a) LPFP al disponer, en relación a la composición de la Comisión Promotora del Plan de Pensiones, que ésta «estará formada por un número de miembros no inferior a tres ni superior a nueve, con mayoría absoluta de los potenciales partícipes. Se entiende por tales a cualquier persona física que pudiendo acceder a la condición de partícipe, manifieste su **intención de hacerlo en un plazo (...)**». Nótese, sin embargo, que se trata de un precepto de aplicación general a todas las modalidades de Planes de Pensiones sin hacer distinción alguna en razón de las peculiaridades que puedan existir en cada una de ellas.

Así pues, el Reglamento de desarrollo de la LPFP ha interpretado extensivamente y de forma innovadora (y por ello de dudosa legalidad ante la trascendencia misma de tal innovación) los términos que utiliza el citado

art. 5.1,a) LPFP (que como se recordará aludía a la posibilidad de que el trabajador «esté acogido o en condiciones de acogerse al citado Plan»), con lo que el Reglamento ha venido a reconocer nada menos que un «derecho de adhesión individual» al Plan del Sistema de Empleo, siendo jurídicamente indiferente a estos efectos que la constitución del Plan —como será lo frecuente— derive del compromiso contraído en una norma colectiva de potencial eficacia personal generalizada. Lo que en atención a los términos generales en que tal derecho es reconocido no queda plenamente justificado en el plano de la política de solidaridad social y aún menos desde la perspectiva de política del Derecho que determine la función social atribuida por el orden jurídico a las organizaciones de intereses profesionales en el marco de un sistema moderno de relaciones laborales.

Se ha puesto de manifiesto el carácter innovador del Reglamento, pero entonces surge la interrogante de ¿cómo interpretar los términos utilizados por la LPFP cuando precisa que el trabajador puede estar acogido o en condiciones de acogerse al Plan de Pensiones del Sistema de Empleo? Es cierto que no es fácil concluir en una interpretación plenamente satisfactoria ante la inconcreción legal de su real significación. No obstante, todo lo más podría suponer una habilitación a la autonomía colectiva, sobre todo atendiendo a la ya de por sí problemática existencia de subplanes dentro de un mismo Plan de Pensiones y al reconocimiento de que un mismo partícipe pueda encontrarse adscrito a más de un Subplan como permite el art. 5.4 LPFP (vid. infra). Podría entenderse también de forma razonable que el derecho de adhesión individual podría estar pensado como la posibilidad (poder) de separación conferida al trabajador individual cuando el Plan de Pensiones sea instaurado por la exclusiva iniciativa del empleador sin vinculación a un compromiso previo inserto en un instrumento positivo resultado de la negociación colectiva, lo que resultaría altamente coherente.

En cualquier caso, la norma reglamentaria de desarrollo de las previsiones legales ha acabado por establecer un reconocimiento generalizado y unitario (para todo los Planes) de adhesión individual al sistema privado de pensiones, desconociendo enteramente las anteriores salvedades. Ciertamente que la experiencia en la negociación colectiva pueda aconsejar —como de hecho ha sucedido en otros sistemas complementarios formalizados en convenio colectivo— que el propio acuerdo colectivo atribuya un derecho de adhesión individual al Plan de Pensiones previsto, pero también lo es que la autonomía colectiva bien podría pretender homogeneizar (con arreglo a lo preceptuado en los artículos 82.3, 83 y 85.1 LET) el régimen de protección complementaria privada para todos los trabajadores que reúnan los requisitos de acogimiento, y entonces el convenio o acuerdo de previsión colectiva debiera poder desplegar su eficacia obligatoria automática para todo su campo subjetivo de aplicación sin necesidad de que sea requerido el consentimiento del trabajador individual; *effectum iuris* que es el propio de un convenio que ostenta una eficacia normativa personal generalizada directamente vinculante: no es un mero contrato normativo, sino una verdadera norma paccionada de origen socioprofesional. Lo que, desde esta perspectiva, llevaría a la admisibilidad de que en el caso de que el Plan

haya sido formalizado en la negociación colectiva el convenio colectivo resultante podría imponer que los trabajadores sometidos a su ámbito de aplicación tengan necesariamente que acogerse al mismo, siempre que dicho convenio haya establecido la eficacia colectiva con carácter imperativo u obligatorio. Siguiendo esta argumentación no sería necesaria una declaración individual de adhesión por parte del trabajador o empleado para su incorporación al Plan de Pensiones si el convenio colectivo dispone la afiliación obligatoria. Y ello prevalecería por encima de que al trabajador se le exija o no una aportación económica, experimentando en este caso un sacrificio patrimonial que normalmente redundaría en una minoración de la cuantía de la retribución a percibir —reducción motivada por la retención del importe fijado de contribución individual de cada trabajador al Plan—, habida cuenta de que los representantes de los trabajadores en la negociación colectiva pueden decidir por cuenta de sus representantes en favor de la tutela del interés colectivo de previsión que están llamados a defender interés colectivo de previsión que se ha de concebir como la posición favorable de una pluralidad de personas para la satisfacción de una necesidad económica común a todas ellas. En esta línea de pensamiento el interés colectivo de previsión remite «al interés de una pluralidad de personas hacia un bien apto para satisfacer una necesidad común»⁶ de protegerse solidariamente (solidaridad colectiva) ante las situaciones de inseguridad económica que no son plenamente (o que lo son insuficientemente) socializadas en el ordenamiento estatal de la Seguridad Social.

Sin embargo, a pesar de que esta eficacia colectiva vinculante es posible atendiendo a los términos en que se expresa el art. 85.1 LET —que consagra un principio de libre contratación colectiva— será difícil ignorar que dicho precepto sienta también inequívocamente el principio de jerarquía que rige las relaciones entre la normativa estatal y la norma colectiva haciendo primar aquélla sobre ésta, en perfecta coherencia con el art. 3.1 LET y 9.3 y 37.1 CE. Y resulta que la regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones, especialmente a través de las «innovaciones» introducidas por el RFPF, aunque consagra de modo expreso la libertad de contratación colectiva respecto a los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo la acaba limitando, no obstante, al reconocer también expresamente un «derecho de adhesión individual del trabajador con lo que se impide la eficacia colectiva obligatoria general del convenio colectivo que establece un compromiso de instauración de un sistema privado de pensiones en los términos previstos en la Ley 8/1987, de 8 de junio.

Pero éste alcance de «la voluntariedad» identifica en todo caso con la libre aceptación individual del trabajador no se puede deducir de un mandato jurídico constitucional inexistente atendiendo a los términos en que se expresa el art. 41 CE.

La elección fundamentalmente de política del derecho cristalizada en la regulación reglamentaria de los Planes y Fondos de Pensiones puede, además, tener consecuencias nefastas para el futuro de la negociación colectiva en el ámbito de la previsión complementaria privada tanto más de entenderse que «la voluntariedad implica libre aceptación tanto por parte de los

promotores como de los partícipes. Nadie, ni tan siquiera los poderes públicos, pueden obligar a crear un Plan de Pensiones o adherirse a él⁷. De una tal interpretación caben extraer algunos efectos desaconsejables no sólo para el futuro de la negociación colectiva sino también para la propia existencia virtual de los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo:

1) La dificultad difícilmente superable para homogeneizar y coordinar los regímenes colectivos de pensiones complementarias, pues los pactos de creación de Planes de Pensiones contenidos en convenios colectivos de ámbito supraempresarial de aplicación no serán directamente vinculantes en ámbitos inferiores, siendo necesaria la adhesión individualizada de las empresas afectadas. Lo que podría hacer ineficaz en la práctica todo intento de coordinación a través de acuerdos supraempresariales o de posibles acuerdos colectivos-marco.

2) Igualmente obstaculizará la unificación y generalización de las medidas de previsión entre los colectivos laborales potencialmente protegidos admitiéndose la necesaria afiliación individual de los trabajadores de acuerdo, ciertamente, con lo dispuesto en el art. 5.2 RPPF.

3) La elección política cristalizada en la regulación legal en el desarrollo de las previsiones constitucionales supone la implantación de un límite legal explícito a la normal eficacia normativa personal generalizada de los convenios o acuerdos colectivos regulados conforme a la LET (art. 82.3 y 85.1 LET) en relación a los pactos de creación de Planes de Pensiones colectivos.

En otro orden de ideas, la problemática ultimamente planteada, encuentra una fácil solución en el supuesto de que el Plan de Pensiones se haya formalizado por decisión o acto unilateral del empleador. En efecto, en tal caso, no cabe duda de que se impone el reconocimiento a todas luces de un derecho de adhesión individual al Plan del trabajador afectado. La solución es forzosamente distinta al supuesto precedente por que —permaneciendo inalterado el principio legal de no discriminación en la determinación de su ámbito subjetivo— no puede obligarse al trabajador a integrarse en un Plan formalizado por la sola iniciativa del empleador (aún concibiendo al Plan como una «actividad social» de la empresa). Y, mucho menos, el trabajador podrá ser compelido a formar parte del Plan si, además, de la adscripción se derivara su obligación de contribuir en el importe fijado para allegar los recursos necesarios a fin de hacer efectivo el Plan, puesto que tal compromiso se traduciría en una minoración del salario originariamente pactado, lo que constituiría una modificación esencial del esquema contractual que requeriría del consentimiento *ad hoc* del trabajador en orden a decidir sobre la suerte del derecho a la retribución inicialmente fijada.

B) El principio de no discriminación

Un Plan de Pensiones privado puede plantear diversos problemas en relación con el principio general de igualdad de trato. Desde una perspectiva, más de política social que estrictamente jurídica, se puede hablar perfecta-

mente de una discriminación connatural o intrínseca a estos sistemas de pensiones privadas, en cuanto que de hecho sólo podrán formar parte de ellos los colectivos que perciban rentas relativamente altas o medio-altas. Ciertamente, es previsible que los beneficios fiscales sean aprovechados por las personas situadas en los grupos superiores de la escala de rentas (con ingresos medios y altos), que son las que se verán más afectadas por las medidas públicas dirigidas a la generalización de las pensiones mínimas y por la mayor revalorización de las pensiones bajas. Ello plantea, no obstante, un problema de falta de legitimidad política de las subvenciones fiscales otorgadas a estos sistemas de previsión (Nótese que estamos ante un supuesto de subvención estatal de la iniciativa privada en el campo de la protección social complementaria), puesto que el mayor gasto fiscal que se genera recae sobre todos los contribuyentes, lo que difícilmente se puede acomodar al principio de equidad fiscal. Por otra parte, las posibilidades reales de la implantación de Planes de Pensiones será muy desigual entre el colectivo de los trabajadores: Por un lado, las pequeñas y medianas empresas tendrá dificultades económicas para la constitución de un Plan de Pensiones; por otro, está el inconveniente de la generalización de la contratación temporal (con la consiguiente elevación de la tasa de rotación laboral, lo que obstaculiza la estipulación de compromisos de previsión a largo plazo; y, en fin, la débil tasa de afiliación sindical).

En realidad, la LPFP no ha reconocido, según se dijo más arriba, un derecho de todos los trabajadores a una pensión complementaria, ni tan siquiera de aquéllos que están dentro del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. El derecho es sólo reconocido a los trabajadores para los que se haya constituido *ad hoc* un sistema de previsión facultativo. De manera que no se ha fomentado la generalización (universalización) de los regímenes de protección complementaria. Repárese, por contra, que uno de los rasgos específicos de las Mejoras Voluntarias lo constituye en términos generales su «eficacia colectiva, su cualidad de afectar indistintamente a un grupo de individuos, delimitado según datos objetivos, sin posibilidad de inclusiones o exclusiones "ad personam"»⁸.

a) Formulación general del principio de no discriminación

Se ha dicho que los partícipes de un Plan del sistema de empleo han de ser los «empleados». La LPFP viene a consagrar un principio general («básico», según el art. 5.1,a)) de no discriminación al establecer que se debe garantizar «el acceso como partícipe de un Plan a cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación o de capacidad de contratación con el promotor que caracterizan cada tipo de contrato».

- b) El concepto jurídico-positivo del principio de no discriminación en los Planes de Pensiones del sistema de empleo.
La definición legal ex art. 5 LPFP

- a') La antigüedad en la empresa y los trabajadores de nueva incorporación

Para la modalidad particular de Plan del sistema de empleo dicho principio general de no discriminación queda formulado en el sentido de que el Plan deberá integrar a la totalidad de los trabajadores de la empresa de más de dos años de antigüedad en la misma: «Cuando la totalidad del personal empleado por el promotor con, por lo menos, dos años de antigüedad, esté acogido o en condiciones de acogerse al citado Plan» (art. 5.1 LPFP). A lo que añade el Reglamento de desarrollo de la LPFP que «Cualquier Plan del sistema de empleo podrá prever en su formulación el acceso de empleados con una antigüedad inferior a los referidos dos años» (art. 5.1. RFPF).

De esta configuración legal del principio de no discriminación se puede deducir el dato, que ha de ser valorado positivamente, de que se prohíbe la existencia de planes del sistema de empleo de carácter específico para un determinado colectivo o grupo de trabajadores homogéneo (cosa distintas, como se indicará, es que dentro de un mismo Plan se puedan establecer una diferenciación de subplanes), como sería el caso típico del personal técnico o directivo. En el fondo esta interpretación no hace sino recoger la recomendación del dictamen del Consejo de Estado.

Sin embargo, los aspectos negativos son considerables. Por lo pronto se ha de advertir la posibilidad permitida por la Ley de que pueda ser excluido una parte del colectivo empleado: El representado por aquellos trabajadores que no alcancen, como es hoy desgraciadamente frecuente, los dos años de antigüedad en la empresa en cuestión.

Ante la creciente preferencia de nuestro ordenamiento por los contratos de duración determinada (y el consiguiente fenómeno laboral que genéricamente, en sentido no técnico, se ha dado en llamar proceso de «eventualización» de las relaciones de trabajo) esta posible exclusión de los empleados con una antigüedad inferior a los dos años puede incidir en una desprotección de los colectivos de trabajadores más desfavorecidos. De manera que la segmentación laboral del mercado de trabajo puede suponer también una segmentación selectiva del colectivo protegido por los mecanismos de protección complementaria. Se prima, pues, la protección de los trabajadores fijos o que gozan de una relativa estabilidad en el empleo (entendida aquí restrictivamente como estabilidad en la empresa establecimiento público). Así la propia Ley permite (y propicia) la discriminación de aquellos trabajadores con empleo precario al exigir para el acceso al sistema de pensiones dos años de antigüedad. No parece que esta habilitación legal pueda estar siempre amparada en criterios objetivamente razonables, porque la movilidad interplanes, sin ocultar sus reales dificultades

(vid. infra), de los trabajadores podría permitir a éstos acumular (capitalizar) progresivamente su complemento de pensión. Será difícil que puedan alegarse en favor de esta medida «causas justificativas de la razonabilidad y/o proporcionalidad de la desigualdad de trato» (como en caso diverso exige la STCo. 52/1987, de 7 de mayo) consistente en no aplicar al personal no fijo ó con antigüedad en cualquier caso inferior a dos años un plan de previsión cuyo establecimiento pudo derivar del compromiso contraído en la negociación colectiva. Y, sin embargo, la LPFP permite esta exclusión sin más.

Por otra parte, respecto al real juego del principio legal de no discriminación, hay que señalar, en relación con lo anterior, que salvo por acuerdo colectivo expreso, los trabajadores de nueva incorporación a la empresa después de que se haya establecido un Plan de Pensiones no tendrán un derecho subjetivo a formar parte de él por el mero hecho de ser personal de la empresa afectada. Dice, en este sentido, el dictamen del Consejo de Estado que «ello introduciría un elemento de aleatoriedad que impondría a las partes interesadas en el Plan una limitación extraordinaria a su libertad de contratación». Argumento discutible, repárese, por ejemplo, que los acuerdos o convenios colectivos pueden tener una eficacia para todo el conjunto de los trabajadores y empresarios, abarcando a los trabajadores de nueva incorporación, extremo que, por supuesto, nunca ha sido estimado como limitador de la libertad de contratación colectiva (Cfr. art. 82.3 LET).

- b') Articulación de distintos subplanes dentro de un mismo Plan de Pensiones del sistema de empleo

Por otra parte, sobre la conformación jurídica del principio de no discriminación incide el art. 5.4 RFPF que permite la articulación dentro de un mismo Plan de pensiones del sistema de empleo diversos subplanes lo que supone una diversificación del tratamiento protector del sistema privado de pensiones. Medida que como, en general, ha sido señalado para los mecanismos de protección complementaria «plantea el riesgo de que al escindir en grupos el colectivo asegurado y crear para cada uno de ellos distintos niveles de protección, se rompa el principio de universalidad de cobertura»⁹. Dice el mentado art. 5.4 RFPF:

«La diversificación de aportaciones del promotor derivadas de los criterios señalados en el apartado anterior permitirá articular dentro de un mismo plan de pensiones del sistema de empleo distintos subplanes. Cada subplan integra un colectivo de la plantilla total que se verá afectado por la aplicación de unas especificaciones diferentes dentro del correspondiente Plan de Pensiones, siendo admisible la existencia de distintas aportaciones y prestaciones en cada subplan. Un mismo partícipe podrá encontrarse adscrito a más de un subplan. Los subplanes podrán ser de modalidades diferentes, bien de prestación definida, de aportación definida o mixtos, quedando, en su caso, el Plan calificado como mixto»¹⁰.

Esta distinción suscita una problemática que no encuentra una satisfactoria solución. Por una parte, la LPFP no alude en absoluto a la posibilidad de que en el marco de un mismo Plan de pensiones se puedan estructurar distintos subplanes que podrán tener prestaciones diferentes e, incluso ser de modalidades distintas. Se trata de una «innovación» reglamentaria que por sí misma se aparta de lo establecido en la Ley que está llamada a desarrollar y que puede entenderse de dudosa legalidad, con la consiguiente sanción que merece apreciar su nulidad absoluta o radical. Lo que en nuestro Derecho es así, supondría que se tiene por no puesta, aunque, en moral y apariencia jurídica que su existencia formal pueda crear, cabe la excepción en cualquier tiempo de la misma.

En el instante su general adaptación, plantea sinceras y razonables dudas sobre si el principio de no discriminación consagrado en la LPFP en el ordenamiento jurídico general) será en la práctica compatible con la diferenciación en subplanes del colectivo laboral de una misma empresa regido por un mismo plan general. De manera que el reconocimiento de los subplanes dentro de un único plan de pensiones de empleo per se puede considerarse que introduce una importante excepción al alcance del genérico principio de no discriminación que autoriza un trato desigual dentro de un colectivo de trabajadores inscritos, sin embargo, a un mismo Plan general¹¹. Para algún tiempo será admisible la existencia de dos subplanes diferentes, referidos uno de ellos para los trabajadores cuya incorporación a la empresa se realice a partir de una determinada fecha. Una tal interpretación parece excesivamente arriesgada por sus consecuencias absolutamente permisivas para los futuros empleados de nueva incorporación, que por esta vía podrán quedar sometidos a un diverso régimen protector aún formando parte del mismo colectivo laboral. Justamente por eso el Anteproyecto de Ley, con pleno acierto, establecía en su art. 5.3,6) que «El criterio de los criterios utilizados deberán estar refrendados por la negociación colectiva de la totalidad de la plantilla, sin que sea admisible ninguna restricción que afecte a los empleados de futura incorporación, salvo la derivada de su antigüedad de los dos años de antigüedad previstos en esta normativa». Esta importante precisión desaparece, sin embargo, en la redacción del Reglamento (art. 5.4 RFPF), pero su desaparición no ha de significar necesariamente la admisibilidad de que el mero hecho de ser empleado de una empresa, subplan. De cualquier modo, conviene advertir que el principio de diversificación de aportaciones y la posible articulación de subplanes en materia que exige un acuerdo derivado de la negociación colectiva (art. 5.3, últ., inciso RFPF), lo que permite un control colectivo de esas medidas. Ahora bien: hubiera sido conveniente sustraer de la iniciativa particular (incluso a la autonomía colectiva) esta posibilidad de diferenciación entre los colectivos de trabajadores en función de su fecha de incorporación a la empresa afectada por el plan de pensiones, en aras de preservar plenamente el principio de igualdad de trato en el ámbito de la previsión complementaria profesional.

2. Carácter no sustitutivo y complementariedad eventual de la acción protectora del sistema público de la Seguridad Social

La LPFP (art. 1.2) configura un sistema de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado pueden o no ser complemento de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, al que en ningún caso sustituyen.

Para valorar el alcance de esta caracterización legal de los Planes de Pensiones privados es oportuno hacer algunas precisiones. El precepto desea establecer las posibles relaciones entre esta clase de regímenes de previsión privada (regulados por la LPFP, pues es claro que existen y seguirán existiendo otras fórmulas alternativas de previsión privada) y los regímenes públicos de pensiones a los que no podrán sustituir, aunque sí completar, perfeccionando su acción protectora (su ámbito de cobertura).

¿Qué sentido tiene afirmar que las prestaciones concedidas por el régimen privado de pensiones no pueden, en ningún caso, ser sustitutivas de las preceptivas de la Seguridad Social?

En términos generales, sencillamente que no pueden desplazar al sistema público de pensiones entrando el régimen privado en concurrencia con el campo de actuación del sistema público. Significa que los regímenes privados no pueden invadir el espacio vital reservado a la protección social que confiere la Seguridad Social, espacio diseñado en la Constitución al régimen público de la Seguridad Social como servicio público y, por consiguiente, de titularidad estatal (función social del Estado) en todos los aspectos fundamentales referidos a su constitución, funcionamiento, gestión y régimen público de sus prestaciones en las que cristaliza su acción protectora intransferible y, por ello, no sujeta a los principios concurrenciales de la economía de mercado, porque los particulares (la libre iniciativa privada) se ha de abstener de penetrar en el campo constitucionalmente reservado a los poderes públicos (la Seguridad Social tiene un carácter jurídico-público).

En otros términos, más específicos, la ratio de la norma debe también entenderse de la siguiente manera: El principio de no sustitutoriedad encontraría su traducción instrumental en la práctica en la prohibición de que la inclusión de un sujeto protegido por un régimen público de la Seguridad Social en un régimen de pensiones privado pueda entrañar la exención de afiliación a los regímenes públicos. Con ello se atienden a la Recomendación n.º 203 del Informe OIT de 1984, sobre la Seguridad Social frente a los cambios económicos y sociales. En dicha recomendación se aconseja «que no se permita la exención de afiliación (y, de consiguiente, de cotización) a los regímenes públicos «a fin de evitar la sustitución del régimen público por el privado. El carácter no sustitutivo examinado encuentra igualmente su traducción práctica en que el Plan de Pensiones nunca supondrá exoneración o liberación de las cuotas de Seguridad Social como tampoco supondrá la incompatibilidad entre las prestaciones de los regímenes privados y las percibidas en el sistema público¹³.

No obstante, en un enfoque más dinámico de las conexiones entre ambos

sistemas protectores (perspectiva dinámica que es la que más conviene para significar el alcance del carácter no sustitutivo de las pensiones privadas respecto del sistema de pensiones públicas) no se puede excluir, por el contrario, que la generalización de los regímenes de pensiones privados acabe reduciendo la presión social respecto de los públicos, legitimando y haciendo posible ulteriores medidas dirigidas a la minoración o contención del incremento de las cuotas patronales al sistema público de Seguridad Social.

Por lo que respecta al sistema constitucional se observa, que el art. 41 CE atribuye al Estado la titularidad del servicio público de la Seguridad Social que garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Función social del Estado que no puede privatizarse y que excluye la posibilidad de decisiones de política legislativa que impliquen conferir ámbitos de iniciativa privada en el espacio propio de la acción protectora pública.

Por otro lado, la perspectiva del Derecho comunitario no puede desconocerse y menos en una materia como la examinada donde ya ha entrado el legislador comunitario por lo que actúa el principio de la primacía del Derecho comunitario sobre el interno, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario¹⁴. Ha quedado dicho que la LPFP, respetando en ello el mandato constitucional aludido, ha establecido una separación neta del régimen privado de previsión voluntaria y libre, que somete a regulación específica, respecto de la Seguridad Social, que no puede sino ser pública. Queda excluida así toda vinculación institucional y de acción protectora entre esta clase de regímenes complementarios con la Seguridad Social. Es obvio, que no se rechaza su posible relación complementaria, pero aclárese que su eventual carácter complementario no distorsiona (ni afecta) en modo alguno a que los regímenes privados que disciplina la LPFP queden situados al margen por completo del sistema público administrativo de la Seguridad Social, de la administración del servicio público de la Seguridad Social. Adviértase al respecto que la Directiva CEE, 79/267, de 5 de marzo de 1979, arts. 1.3 y 2.4 (concerniente a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio), podría tener una lectura permisiva en relación al derecho interno de los Estados miembros, habida cuenta de que considera asegurables aquéllas «operaciones que dependan de la duración de la vida humana, definidas o previstas por la legislación de los seguros sociales, cuando sean practicadas o administradas de conformidad con la legislación de un Estado miembro por empresas de seguro a su propio riesgo» (art. 1.3 Directiva 79/267/CEE). A su amparo nuestro legislador ha optado por el rechazo de toda posibilidad de aseguramiento privado de las prestaciones incluidas «en un régimen legal de Seguridad Social» (art. 2.4 Directiva citada en relación con el art. 1.2 in fine de la LPFP y art. 1 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del Seguro Privado)¹⁵. En virtud de lo cual se impide la penetración de las instituciones de previsión y aseguramiento privado en el campo propio de los sistemas de previsión social evolucionados incluidos en el sistema público de Seguridad Social. Justamente por esta razón, la

LPFP (art. 1.2) —condicionada por el Texto constitucional, jerárquicamente inferior a la fuente Comunitaria pero de rango formal supralegal, pues de entenderse que la Directiva habilita facultativamente a la «legislación de un Estado miembro», la Constitución lo prohíbe inequívocamente— dispone que las prestaciones de las operaciones de previsión voluntaria y libre en ella previstas «no serán en ningún caso sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas». De manera que los Planes y Fondos de Pensiones, a subrayar la conjunción compulativa «y» que une y no separa, sólo pueden incidir sobre la cobertura de riesgos sobre la persona, con carácter privado ampliando o completando la acción protectora del sistema público o referenciando meramente sus prestaciones respecto de la cuantía y extensión de las establecidas en los regímenes públicos.

Al llegar a este punto es necesario destacar también la nota de **complementariedad o no** del régimen de Planes de Pensiones en relación a las pensiones de la Seguridad Social. Se decía que el mecanismo de previsión privada regulado en la LPFP puede situarse en relación con los regímenes públicos en una relación de complementariedad o con independencia referenciada absoluta respecto a la acción protectora del sistema público. Parece ser que la noción de complementariedad, inferida con amplitud de los caracteres esenciales del derecho positivo, adquiere el sentido de que las prestaciones privadas se adicionan a las prestaciones públicas referenciándolas en conexión a éstas. La complementariedad o suplementariedad, términos sustancialmente equivalente a estos fines, de la previsión privada presupone lógicamente la existencia **previa o simultánea** de una protección básica que como ha sido señalado¹⁶ será lo que ha de ser completado o integrado. Mirada desde la perspectiva de las relaciones de complementariedad o suplementariedad que puedan existir entre los regímenes privados (sistema de planes de pensiones) y los regímenes públicos (sistema de pensiones de la Seguridad Social, se podría decir con mayor exactitud técnica) da por hecho que el ordenamiento público de pensiones fije un mínimo protector básico (y, por consiguiente, de cobertura no integral u óptima en relación con las rentas percibidas durante la vida activa) que puede ser mejorado o superado por la autonomía privada añadiendo un suplemento al importe de la pensión que otorga el sistema público de pensiones. En estos casos afirmar la idea de complementariedad o suplementariedad es poner simplemente el acento en la **aptitud de ambos regímenes de pensiones para combinarse** frente a la actualización de determinados riesgos o situaciones de necesidad previstas con antelación. De este modo, desde una perspectiva funcional, el régimen privado de pensiones tendría una **eficacia suplementaria o complementaria**, incluso en su más genuína significación etimológica¹⁷. Una tal eficacia del régimen privado se traducirá en que éste agrega o completa el importe de la pensión pública de base precedente a fin de hacerla más íntegra o perfecta en relación con las últimas rentas percibidas por el sujeto protegido antes de producirse el hecho causante de la Pensión.

Si los planes de pensiones se pueden instrumentar como regímenes de previsión complementaria al amparo del art. 1.2 LPFP, su función complementaria del régimen público de pensiones consistirá en ofrecer un complemento o suplemento a las prestaciones del sistema público. Más exactamente, según la LPFP los Planes de Pensiones podrán ser **complementarios o no de las prestaciones** que confiere el sistema de Seguridad Social. Lo que ha de ser interpretado en el sentido de que la LPFP permite una doble opción: O bien, como se ha dicho, garantizar tasas de reemplazo cercanas a las anteriormente percibidas que no cubre íntegramente el régimen público; o bien, en el caso de que sean independientes o no complementarias sus prestaciones de la acción protectora del sistema público, perseguirán la obtención de una pensión que esté en función únicamente de las aportaciones y del importe de los rendimientos de las inversiones de los Fondos de Pensiones imputadas a los partícipes y beneficiarios.

No obstante, el carácter complementario de los Planes de Pensiones no es precisado en la regulación legal, pudiéndose admitir una noción amplia del mismo, puesto que no parece exigirse que «la nota de complementariedad ha(ya) de entenderse en el muy estricto sentido técnico de que la acción protectora básica, y opere, además, de la misma manera»¹⁸. En efecto, la LPFP y su Reglamento no tratan de canalizar todos los esfuerzos voluntarios hacia las prestaciones que dispensa el régimen público, llevando a cabo la integración de sus prestaciones en las del sistema público. No estamos ante un régimen voluntario de «Seguridad Social complementaria» como era, y sigue siendo el caso singular de las Mejoras Voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social en su consideración jurídico-positiva de Seguridad Social complementaria libre, por lo que se explica el requerimiento de tales exigencias, sino ante un eventual régimen complementario de pensiones (los Planes de Pensiones) cuyas prestaciones no están llamadas a ser integradas como propias en el sistema público. Su función previsora no por ello dejará de poder ser complementaria pero en todo caso sus prestaciones tendrán carácter estrictamente privado por deseo expreso del legislador que aboga así por una lectura acentuadamente privatista del desarrollo legislativo de las previsiones constitucionales dentro de la fórmula abierta que consagra el último inciso del art. 41 CE.

En el fondo, cuando la norma ex art. 1.2 LPFP alude al carácter complementario o no de las prestaciones que otorgan los Planes de Pensiones acaba estableciendo implícitamente, desde un punto de vista funcional, una nueva diferenciación, de carácter puramente instrumental, entre dos tipos de Planes de Pensiones en función de sus relaciones o conexiones con la Seguridad Social:

Se puede hablar, en primer lugar, en sentido amplio, de **Planes integrados** (o que tienen un carácter complementario) con las pensiones públicas de base; tratándose de la conexión, actuada a iniciativa privada, entre fórmulas organizativas de protección social diferenciadas, puesto que los Planes privados de pensiones se conectarían con el sistema de Seguridad Social, pero sus prestaciones no se insertarían, desde la perspectiva institucional y de su acción protectora, en el sistema de pensiones públicas. Nótese

que se está ante regímenes complementarios de la Seguridad Social. Efectivamente, estos Planes de previsión son típicos regímenes complementarios de la Seguridad Social (a los cuales, a nuestro entender, no les alcanza la consideración jurídica de institutos de Seguridad Social complementaria), puesto que, por un lado, sus prestaciones no se canalizan e insertan dentro de la acción protectora del sistema público de pensiones y, por otro, —reclamando las elaboraciones de la doctrina respecto a la caracterización general de los regímenes complementarios de la Seguridad Social— institucionalmente «se constituye como organización técnicamente separada de la Seguridad Social básica. Tiene(n) entidades gestoras propias, organización financiera distinta, y una acción protectora diferenciada e independiente. El tratamiento jurídico de la misma, en cuanto a gestión de fondos y otorgamiento de prestaciones, corresponde al Derecho Privado. La coordinación entre Seguridad Social básica y Seguridad Social complementaria (en realidad sistema de previsión privada complementaria), requerida por la convergencia y complementariedad de sus fines, se lleva a cabo, a través de instrumentos jurídicos descentralizados y mínimamente imperativos»¹⁹. A esta configuración como regímenes privados complementarios de la Seguridad Social no obsta el hecho de que el poder público haya dotado a los regímenes privados de un marco jurídico mínimamente ordenador que se pone a disposición de la iniciativa particular, como, asimismo, tampoco el hecho de que el poder público realice un tipo de intervencionismo administrativo sobre el sistema de Planes y Fondos de Pensiones de carácter meramente instrumental, siendo de incumbencia de la Administración llevar a cabo una actividad inspectora, de control y supervisión de todo los regímenes privados de pensiones. De manera que los Planes y Fondos de Pensiones, en cuanto sistemas institucionales de previsión, actúan, a tenor de su normativa reguladora, en régimen de libertad intervenida administrativamente (actividad controladora de la Administración) y subsidiada fiscal y selectivamente (una de las varias medidas institucionales de subvención pública incentivadora de actividades privadas consideradas de interés público), lo que no impide, y no puede ocultar, que todo el sistema institucional y de acción prestacional de los Planes y Fondos de Pensiones tiene inequívocamente carácter exclusivamente privado.

Estructurar los Planes privados con carácter complementario (como formas complementarias de previsión privada) no es que exija desde luego (como ocurría, como regla, con una buena parte de las Mejoras Voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social) la concurrencia de un principio de complementariedad estricta, como ya se ha dicho, sino que, al contrario, tal carácter complementario requerirá, todo lo más, por la propia fuerza de los hechos y confluencia de fines sociales, una estructuración técnica y funcional en cierto modo similar y, además, una coordinación, si quiera externa y actuada aquí y ahora, de *lege data*, a instancia de los privados, entre los Planes privados y el sistema de pensiones públicas de base. Si los Planes son integrativo-complementarios, los trabajadores o empleados recibirán una pensión privada relacionada, estructural y cuantitativamente, con las pensiones de la Seguridad Social. En estos Planes comple-

mentarios las pensiones otorgadas será frecuente que estén calculadas en su cuantía atendiendo indicativamente a las bases de cotización al sistema público (aunque, no obstante, se debe anotar que el sistema jurídico-positivo de los Planes de Pensiones admite, dentro de una fórmula abierta, que sus prestaciones sean estructuradas con carácter complementario o no complementario respecto de las prestaciones públicas, pero ni siquiera cuando se estructuran con carácter y función complementaria el sistema legal de los Planes de Pensiones exige que la definición de las prestaciones y normas para determinar su cuantía sean conformadas con arreglo a las técnicas que utiliza el sistema público de pensiones. Cfr. arts. 1.2, 6, e) LPFP, entre otros), y, en consideración a su función social de complementación voluntaria de las pensiones públicas de base, teniendo en cuenta también la cuantía de las prestaciones públicas, toda vez que el Plan otorgaría un complemento o suplemento sobre la prestación del sistema público de pensiones hasta cubrir el importe de pensión deseado (fijado en el Plan de previsión) en relación a la última o promedio de las últimas remuneraciones percibidas durante la vida activa.

Esto significa, desde la perspectiva lógico-jurídica del régimen complementario de las prestaciones de la Seguridad Social (en orden a la persecución del fin de previsión que induce a conectar con carácter complementario las pensiones privadas con las públicas), que los Planes integrativo-complementarios se sitúan sobre el ámbito objetivo de la acción protectora del sistema público de pensiones de base (presupuesta, es obvio, la inclusión previa de los sujetos beneficiarios del Plan de previsión en el ámbito subjetivo del sistema público, porque de lo contrario mal se podría hablar de pensiones privadas complementario-integrativas de las pensiones públicas correspondientes a la Seguridad Social obligatoria básica) cuyas prestaciones pretenden completar o perfeccionar incrementándolas cuantitativamente para lograr una cobertura protectora más óptima, en el sentido de conseguir que las prestaciones públicas junto con el complemento adicional voluntario consistente en la pensión privada, combinados entre sí, permitan la obtención de rentas de sustitución o de pasivo (función de sustitución propia del principio de contributividad rector del régimen de previsión) de las retribuciones o remuneraciones en activo.

Todo lo cual implicará en la práctica la existencia, desde el punto de vista estructural y funcional, de una cierta similitud o aproximación (no rígida, sino flexible) de las pensiones complementarias privadas y de las pensiones públicas de base, a riesgo de que de no ser así la función complementaria quede severamente comprometida produciéndose resultados insatisfactorios. Ahora bien: la nota de complementariedad que puedan tener las prestaciones de un Plan de Pensiones, aunque, como se ha dicho, no sea entendida en sentido estricto, debe suponer, al menos, la aproximación estructural de las prestaciones complementarias y de las públicas de base. Pero es oportuno advertir que ni siquiera esta aproximación estructural-funcional (congruente lógicamente con la finalidad de complementación perseguida) no viene explícitamente requerida en el sistema jurídico-positivo de los Planes de Pensiones, y menos aún, se exige que dicha relación

de complementariedad, posible o eventualmente establecida a instancia privada, haya de ser jurídicamente estricta o rigurosa, en el sentido de que la acción protectora adicional no sólo tenga que recaer sobre el ámbito protector de la Seguridad Social obligatoria, sino que también «opere, además, de la misma manera» que actúa ésta (como, contrariamente, se exige respecto al sistema-tipo de las Mejoras Voluntarias; rasgo característico que, no obstante, está mitigado sensiblemente con relación a las llamadas por la Ley Mejoras directas de prestaciones de la Seguridad Social)²⁰. Más aún: el vínculo de complementariedad aludido no implicará que la prestación complementaria y la prestación pública de base completada formen en ningún caso una unidad protectora inescindible (una única medida o instrumento técnico de protección social), a modo de una prestación integrada o completada sujeta a un régimen jurídico sustancialmente unitario. De ahí que, a pesar de la nota de complementariedad, se haya de marcar las oportunas diferencias, en orden a la conformación y régimen jurídico aplicable, entre las respectivas acciones protectoras de los Planes de pensiones privados y de los sistemas públicos de pensiones, de modo que, desde el punto de vista técnico-jurídico, las pensiones privadas complementarias y las pensiones públicas de base queden para el derecho de la protección social, nítidamente separadas y diferenciadas entre sí, no siendo posible que —atendiendo al derecho positivo vigente— puedan formar aquélla unidad prestacional inescindible a que se aludió.

Así pues, a diferencia de lo que sucede en el sistema-tipo de la Seguridad Social complementaria estricta, los Planes privados de pensiones (que están al margen de —y no son— Seguridad Social) aún estructurados voluntariamente como regímenes complementarios, no tienen que conceder prestaciones de la misma o idéntica estructura técnica que las prestaciones públicas homólogas de base y operar de la misma manera e iguales garantías que éstas; pueden ser definidas y cuantificadas por la iniciativa privada con amplio margen de libertad y de forma distinta a las referidas prestaciones públicas. No existen, en relación a ello, entre las prestaciones del Plan de previsión y las pensiones públicas una fusión, una real integración de las medidas jurídicas de protección social emanadas de fuentes creadoras de diversa naturaleza.

Se puede aludir, en segundo lugar, a los **Planes independientes o no complementarios**, cuya acción protectora no estará relacionada, en principio, en el campo de protección social pública (en términos de extensión y sobre todo de intensidad en la cobertura) fijando libremente una cuantía de pensión privada al margen enteramente del importe de las pensiones públicas. Así, de estructurarse los Planes de previsión con carácter independiente (o no complementario), ni la estructura de la pensión, ni su cuantía estarán relacionadas en lo jurídico con las prestaciones públicas. En el caso de que el Plan se instituya con carácter «independiente», éste no tendrá que conectar con las prestaciones que otorga con las previstas para las mismas contingencias en el sistema público, puesto que su finalidad, su función, no será la de completar las prestaciones de la Seguridad Social, sino meramente la de obtener rentas de pensión privada adicionales sin conexión con las

establecidas en la Seguridad Social. Ello implica que, por hipótesis, el Plan de pensiones independiente no se construye, desde un punto de vista lógico-jurídico, necesariamente sobre el ámbito objetivo concreto del sistema de pensiones de la Seguridad Social (ni tampoco, por hipótesis una vez más, necesariamente sobre el ámbito subjetivo de ésta; situación que evidentemente no será el caso de los Planes de Pensiones del sistema de empleo, pero que sí es más probable que se produzca en los Planes del sistema individual, habida cuenta de que en tal modalidad de Planes los sujetos beneficiarios pueden no estar comprendidos en el campo protector de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que la universalidad del sistema de pensiones de la Seguridad Social no está garantizada en la legislación ordinaria. Con lo que, en suma, la cuantía de la pensión privada se fijará normalmente en función de los parámetros voluntariamente diseñados en la definición de las prestaciones y normas para determinar su cuantía sin consideración a la acción protectora de la Seguridad Social.

En definitiva, las prestaciones otorgadas por los Planes de Pensiones en favor de sus beneficiarios cuando se produzca el acaecimiento de la contingencia determinante prevista en dicho Plan, puede concederse respecto a situaciones de necesidad económica que, incluso, aún siendo cubiertas por la Seguridad Social no lo sean del mismo modo, porque la configuración, estructura, modalidad de pago, etc., de las prestaciones privadas sean esencial o totalmente distintas a los mecanismos de instrumentación técnica de las prestaciones utilizados en el sistema de la Seguridad Social para las pensiones públicas.

Conviene realizar, finalmente, que el carácter complementario del régimen privado respecto de las prestaciones o contingencias previstas en el sistema de pensiones de la Seguridad Social se ha de conectar con los índices de suficiencia en la cobertura de los regímenes públicos. Se ha puesto de relieve por algún autor²¹ que «la creación de un régimen complementario responde siempre a una necesidad» socialmente sentida (necesidad que puede fomentarse deliberadamente por el poder público mediante la restricción de la cobertura de sistema de Seguridad Social). De hecho, las políticas actuales de Seguridad Social «racionalizando» el gasto público tienden a disminuir las tasas de reemplazo por jubilación incrementando la distancia existente entre los ingresos habituales en activo y la cuantía de los límites máximos del importe de la pensión previstos en los sistemas públicos («rentas de pasivo»). Es más: las recientes políticas gubernamentales tienden a valorar positivamente, para afrontar la crisis financiera de la Seguridad Social, las medidas de promoción estatal de mecanismos privados de previsión integrativa como componente estructural (y permanente) de un sistema global de pensiones²². Pero se debe subrayar, desde este instante, que decididamente por la potenciación de instituciones de previsión complementaria privada, sobre todo favoreciendo la implantación de los Planes y Fondos de Pensiones.

3. Naturaleza jurídico privada del sistema de pensiones

En el plano estrictamente jurídico es oportuno poner de manifiesto que el sistema de pensiones instituido en la LPFP tiene carácter privado. A ello no obsta que se trate de instituciones de interés público cuya trascendencia socio-económica haya aconsejado someterlas en todo momento a un acusado y formalizado control administrativo. A esta naturaleza privada cabe añadir la ausencia de la regulación legal de los Planes de Pensiones de toda responsabilidad patrimonial subsidiaria de los poderes públicos. Es significativo, al respecto, la declaración del art. 11.3 LPFP, según la cual el otorgamiento de la autorización administrativa previa para la constitución de los Fondos de Pensiones —que instrumentan técnica y financieramente los Planes de Pensiones— en ningún caso será título jurídico suficiente para causar la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la Administración del Estado. Del carácter privado de los Planes de Pensiones se obtienen inferencias importantes en orden a identificar sus caracteres fundamentales y también acerca de sus diferencias con otras instituciones de previsión. La privaticidad del sistema atiende al dato de que su creación y administración es privada, y asimismo al hecho, no menos relevante, de que sus prestaciones tienen naturaleza jurídico privada y su campo de aplicación es subjetivamente limitado, por principio, frente a la votación de generalidad de los regímenes públicos.

La LPFP determina que las prestaciones de los Planes de Pensiones tienen innegablemente «carácter privado». De manera que no sólo es apreciable en el sistema positivo la naturaleza jurídico privada de los Planes de Pensiones, sino que más ampliamente se afirma *ex lege* la naturaleza exclusivamente privada de las prestaciones que el régimen de previsión otorga, incluso cuando en el acuerdo de previsión se desea estructurarlo como régimen complementario privado de la acción protectora que confiere el sistema público de la Seguridad Social. Esto permite decir que las «prestaciones complementarias libres» cuyo origen sea un Plan de Pensiones privado difícilmente pueden estar integradas en el sistema público de la Seguridad Social. E, incluso, yendo más lejos: la LPFP las sitúa expresa y nítidamente al margen del régimen público de pensiones, ya que ordena su tratamiento jurídico privado (art. 1.2 LPFP). A estos efectos es importante observar que los regímenes privados suelen ser complementarios de los sistemas públicos de pensiones, siendo por ello especialmente trascendente que el legislador ordinario haya optado por la no integración en ningún caso de las prestaciones que aquéllos proporcionan en la acción protectora de la Seguridad Social, evitando así que la pensión complementaria o suplementaria tenga un tratamiento jurídico protector similar (aunque no idéntico) a las pensiones públicas.

La naturaleza privada de las prestaciones que otorgan los regímenes voluntarios privados de pensiones —su no integración/asimilación en la acción protectora del sistema público de pensiones— adquiere una especial relevancia para poner de manifiesto como estamos ante una operación de previsión privada de carácter complementario o no, pero en ningún caso

ante instituciones y medidas jurídicas públicas encuadrables dentro de la Seguridad Social complementaria estricta. El Estado cuando regula estas instituciones queda satisfecho con establecer un marco legal de apoyo institucional y una actividad de control instrumental pero no inserta en ningún caso la acción protectora en el ordenamiento público estatal de la Seguridad Social. La acción protectora de los Planes de Pensiones queda por completo encuadrada en el ordenamiento privado de los particulares, en forma similar, aunque en cuadro legal distinto, a como lo hace la Ley de Ordenación del Seguro Privado²³. Además, el hecho de que la Ley establezca un marco legal y un control riguroso de su funcionamiento no confiere a los regímenes de previsión surgidos de la iniciativa privada el carácter de una actividad del Estado.

Se ha definido la Seguridad Social complementaria como el «conjunto de medidas arbitradas dentro de un sistema de Seguridad Social para alcanzar una más íntegra cobertura de las situaciones de rentas atendidas por el régimen general de la Seguridad Social existente, mediante el otorgamiento de prestaciones adicionales a aquéllas»²⁴. La articulación de las prestaciones nacidas de los regímenes de previsión implantados por la iniciativa privada dentro del sistema de Seguridad Social se puede producir por una vía directa (instrumentado directamente el Estado el régimen de previsión voluntaria) o indirecta (estableciendo un régimen de previsión voluntaria debido a la iniciativa privada e inmediata o automática integración de las prestaciones surgidas a impulso privado en la acción protectora del sistema público). Uno de los supuestos paradigmáticos en nuestro ordenamiento de una variedad de Seguridad Social complementaria —ciertamente atípica por el importante papel concedido a la iniciativa particular en la estructuración de todo el sistema— es el régimen jurídico-positivo de las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social, las cuales una vez establecidas (es decir, desde el mismo momento genético de su creación se incorporan por ministerio de Ley y con carácter automático a la acción protectora de la Seguridad Social) «se entenderán que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social» (art. 1.3 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, reguladora de las Mejoras Voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social). En realidad las Mejoras Voluntarias aparecieron originariamente como un instrumento canalizador de los esfuerzos voluntarios al servicio del sistema institucional de la Seguridad Social. Y aquí se produce un fenómeno de inserción/asimilación en el ordenamiento jurídico estatal de las prestaciones complementarias surgidas a iniciativa e impulso privado pero canalizadas por la vía jurídica de las Mejoras Voluntarias una vez establecidas, de acuerdo con lo prevenido en su regulación legal específica (Cfr. art. 1.3 y 4 OMV). Esto, evidentemente, no ocurre con los regímenes de previsión privada ordenados por la LFPF, cuya acción protectora escapa por completo al sistema público de protección social, insertándose lejos del ordenamiento público en el derecho privado de la previsión (sector privado de la previsión).

Haciendo una referencia particular a los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo, conviene destacar que el sistema de previsión de este tipo de

Planes no puede integrar una hipótesis de Seguridad Social complementaria similar al régimen de las Mejoras Voluntarias y tampoco pueden encuadrarse a través de ellos verdaderas y propias Mejoras Voluntarias de Seguridad Social en su configuración estrictamente jurídico positiva (LGSS y OMV). O, dicho de otro modo, las prestaciones del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo no constituyen Mejoras Voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social en el sentido técnico jurídico si el sistema de previsión elegido es el regulado en la LFPF y que como tal queda al margen de la Seguridad Social y, en concreto, fuera también del régimen imperativo previsto para las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social. Es este el real alcance que debe darse a la configuración legal referente al carácter privado de las pensiones de los Planes y Fondos de Pensiones: El de sustraerlas de la acción protectora del sistema público, marcando las oportunas diferencias con el régimen precedente —y aún en vigor— de la Seguridad Social complementaria instrumentada mediante el régimen de las Mejoras Voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, cuyas prestaciones nunca podían tener la consideración de absolutamente privadas (sin perjuicio de que surgieran a impulso privado), toda vez que se integraban, e integran, automáticamente e *ipso iure* en la acción protectora del sistema público (tienen carácter jurídico-público, basta reparar en el mismo tenor literal del art. 1.3 OMV 1966: Una vez establecidas conforme a lo en ella establecido forman parte a todos los efectos del sistema de protección pública). Así pues, el régimen de la LGSS (y OMV) relativo a las Mejoras Voluntarias y el régimen legal de los Planes de Pensiones privados constituyen sistemas alternativos o paralelos, y, por consiguiente inconexos. Los Planes de Pensiones privados de la LFPF no actúan Seguridad Social complementaria alguna, ni realizan Mejoras Voluntarias en el sentido técnico legal que a esta noción le otorga la vigente LGSS.

Conviene dilucidar siquiera esquemáticamente la veracidad de cuanto se ha dicho al respecto:

1.º) En el plano constitucional interesa, a este propósito, considerar la formulada afirmación de que el régimen de los Planes de Pensiones está al margen de la Seguridad Social. A tal fin, cabe precisar que todo intento de construcción jurídica de la Seguridad Social en base al Texto Constitucional ha de partir del mandato constitucional referente a que los poderes públicos deberán asegurar la protección social mediante «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos» (art. 41 CE). De ello se infiere que la Seguridad Social aparece en el sistema constitucional como «la organización de una garantía de medios de existencia bajo la forma de un servicio público»²⁵ y, en consecuencia, como una actividad estatal de servicio público. Adviértase, asimismo, que del sistema constitucional se deduce, en perfecta coherencia con lo anterior, la existencia de una reserva constitucional de la noción conceptual de Seguridad Social que se predica exclusivamente respecto a «un régimen público», que se ha de mantener por los poderes públicos (art. 41 CE, art. 149.1, 17.ª, según el cual «El Estado tiene competencia exclusiva sobre la Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus ser-

vicios por las Comunidades Autónomas»). Queda claro, pues, que la construcción jurídica de la Seguridad Social viene solamente referida al sistema público en cuanto servicio público de titularidad genuinamente estatal.

Otra cuestión distinta será precisar el contenido exacto en el texto constitucional de la expresión «Seguridad Social». Labor que se afrontará más adelante, aunque de modo incidental. Baste decir a este propósito que la construcción que mejor se adapta a la Constitución es la de la configuración de la Seguridad Social como institución jurídico pública, comprensiva, en sentido integrador de la asistencia social, servicios sociales y de la previsión social, entendida ésta última en cuanto «conjunto ordenado y coordinado de seguros sociales»²⁶. No cabe hablar en sentido estricto de una «Seguridad Social privada» como contrapuesta a una «Seguridad Social pública». Vale decir en este sentido que el sistema privado de pensiones estructurado jurídicamente a través de los Planes y Fondos de Pensiones está situado al margen de la Seguridad Social atendiendo a la configuración constitucional de éste y tal y como ha sido concebida por un insigne jurista, PAUL DURAND²⁷; para quien la Seguridad Social es aquel conjunto de instituciones y medios técnicos mediante las cuales el Estado lleva a cabo la garantía de los individuos frente a las situaciones de necesidad, de manera que toda acción de Seguridad Social es tarea del Estado. De hecho explícitamente el texto constitucional (art. 41, últ. inc. CE) cuando refiere al pretendido «nivel complementario libre», elude significativamente aquellos términos y se limita a decir con énfasis que «La asistencia y prestaciones complementarias serán libres». De modo que si tales prestaciones están por hipótesis integradas dentro del sistema público, se estará ante un supuesto de Seguridad Social complementaria; si, al contrario, no están integradas ni directa ni indirectamente en el régimen público, aunque complementen la acción protectora de éste, estaremos ante la previsión privada (complementaria y de carácter voluntario) que en cuanto tal no es Seguridad Social, sino un régimen protector situado jurídicamente al margen del sistema de Seguridad Social. Es el caso, sin sombra de duda, de los Planes y Fondos de Pensiones. Aserto que no decae por el hecho de que la Ley establezca un marco jurídico positivo para la regulación del régimen privado de pensiones (Planes y Fondos de Pensiones), lo que no da a estos regímenes de previsión debidos a la iniciativa privada el carácter de actividad del Estado, pues tal sistema no deja de estar asentado en estructuras jurídico privadas. En realidad, aludiendo una vez más a los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo, el empleador, por hipótesis, que no desee seguir el sistema legal vigente de los Planes y Fondos de Pensiones puede, aunque no es probable que lo haga pues le será más desventajoso en el tratamiento fiscal, establecer un régimen de Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social conforme a los dispuesto en la regulación específica de la LGSS (y OMV), constituyendo una forma de previsión alternativa a la de los Planes y Fondos de Pensiones.

2.º) En la perspectiva prevalentemente de la legislación ordinaria se ha afirmado la diversa configuración jurídica de las Mejoras Voluntarias y de los Planes de Pensiones constituyendo sistemas complementarios alternativos o paralelos.

Como es sabido conforme a la LGSS las Mejoras Voluntarias se conciben con la pretensión de encauzar los esfuerzos voluntarios hacia la Seguridad Social cuya acción protectora era de carácter mínimo y obligatorio (art. 21, Texto Refundido de la LGSS). Ello explica que la Mejora Voluntaria una vez establecida tuviera la consideración de acción protectora de la Seguridad, teniendo, por consiguiente, la naturaleza jurídica propia de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 1.3 OMV). No obstante, la realización de tales Mejoras a través de entidades mercantiles privadas de seguros ha venido a ejercer un lógico efecto distorsionante de esta caracterización jurídico positiva inicial, pero a pesar de esto las construcciones jurisprudenciales no han dejado de reiterar que la modalidad de gestión utilizada (incluso cuando se conciertan seguros voluntarios con compañías privadas) no implica que la Mejora pierda su carácter de prestaciones de la Seguridad Social. En esta Seguridad Social complementaria, ciertamente atípica, es a lo que ha derivado aquél originario intento de canalización de los esfuerzos complementarios voluntarios hacia su integración en el campo protector de la Seguridad Social. Evolución que ha llevado a suavizar aquella declaración legal según la cual las Mejoras voluntarias una vez establecidas «se entenderá que forma parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social» (art. 1.3, OMV), pues si bien es cierto que se les consideran aplicables los caracteres atribuidos genéricamente en el art. 22 LGSS a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 1.º, 3 OMV que remite al art. 90 LGS), como han recordado las SSTCT de 28 de octubre de 1983 y 18 de octubre de 1984 (A/7792), también lo es igualmente que las elaboraciones jurisprudenciales del instituto en cuestión han matizado el efecto de «publicación» de las Mejoras inicialmente establecido en la LGSS (y OMV) y su sujeción al régimen de las demás prestaciones de la Seguridad Social indicando que tal integración **no implica necesariamente una total equiparación** con las prestaciones surgidas a impulso público y que otorga directamente el sistema público de Seguridad Social (vid. STCT. 22 de febrero de 1984-A/1650)²⁸.

Por su parte las prestaciones surgidas del sistema privado de pensiones regulado en la LPPF tienen en el más amplio sentido de la palabra carácter privado. No autorizan sostener una opinión contraria ni el tenor literal ni tan siquiera la *ratio legis* de los preceptos que las disciplinan. Efectivamente, del sistema legal de los Planes y Fondos de Pensiones está por completo ausente cualquier medida que permita abrigar una posible integración de las pensiones privadas en la acción protectora de la Seguridad Social y la aplicación del régimen genérico de las pensiones contributivas públicas. Precisamente por ello, las Mejoras Voluntarias, atendiendo a su regulación en el marco jurídico en vigor, no podrían realizarse a través de los Planes de Pensiones sin que este intento suponga una desnaturalización de su vigente configuración jurídico positiva. Al respecto, ¿Se puede acaso ignorar la incompatibilidad manifiesta del régimen jurídico actual de las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social y correspondiente al de los Planes de Pensiones?

Y es que, en efecto, parece difícilmente salvable el obstáculo que para

tal intento supondría la proyección de algunos de los caracteres distintivos de las Mejoras voluntarias. Así, no es imaginable que se pueda compaginar el régimen jurídico de los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo con las características más genuínas de las llamadas Mejoras Directas de Prestaciones que —aparte de suponer como ocurre en todas las clases de Mejoras Voluntarias la reconducción de sus prestaciones hacía el sistema público, lo que de por sí viene a contradecir el tenor del art. 1,2 LPFP— exige que su introducción se ajuste a lo previsto en la OMV, arts. 11-14, lo que, como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia del orden social, implica, entre otras cosas: la consiguiente aplicación del art. 22 LGSS (art. 1.3 OMV, en relación con el art. 90 LGSS que remite a aquél) —disposición que notoriamente resulta incompatible con la regulación de los Planes de Pensiones—; el respeto al principio de eficacia colectiva de las Mejoras Voluntarias directas de prestaciones —punto que en absoluto queda garantizado en el sistema legal de los Planes de Pensiones—; el seguimiento de un cauce procedimental específico para su introducción (art. 14 OMV), procedimiento que es completamente diverso al previsto para los Planes de Pensiones. Datos, pues, de suficiente poder de convicción como para fundamentar el criterio aquí mantenido consistente en afirmar que el régimen de Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social y el de los Planes de Pensiones son alternativos o paralelos ante la no difícil comprobación de que tanto su naturaleza jurídica como los rasgos típicos de su correspondiente régimen jurídico positivo son manifiestamente diferenciados e *hic et nunc* incompatibles²⁹.

Hay que poner de relieve, en otro orden de ideas, la preferencia estructural del ordenamiento (de lo que es un fiel exponente el privilegiado tratamiento fiscal de que gozan) por este tipo de provisión privada frente a otros regímenes voluntarios complementarios privados como es el caso de los instrumentarios por la vía de las mejoras voluntarias. Sistema legal de las Mejoras Voluntarias que, bueno es hacer notar a este propósito, de acuerdo con su normativa reguladora específica (LGSS y OMV) configuran un supuesto jurídico-positivo de «Seguridad Social complementaria». Si se repara en ello se comprenderá aquí también la real trascendencia del fenómeno privatizador (la alternativa privada y contractual adoptada) en el desarrollo legislativo de las previsiones constitucionales, porque en el fondo esto no es sino una manifestación más, inserta en un fenómeno de grandes dimensiones: Lo que se podría llamar el papel tendencialmente sustitutivo de los regímenes privados nacidos al amparo de la LPFP respecto de una parte considerable de la cobertura protectora del sistema público de pensiones. Se trata de una opción político organizativa que se hace merecedora de crítica. Una cosa es que el régimen público de la Seguridad Social, no pueda ser monopolista de la esfera de la protección complementaria, impidiendo la iniciativa privada en este campo de carácter complementario, y otra cuestión completamente diferente es que se fomente incondicionalmente la libre iniciativa privada en la cobertura de riesgos sociales a través de una serie de medidas públicas selectivas de orden económico y financiero, que, además, entrañan el problema para la colectividad general de la

disminución de los recursos financieros que tendrían que subvencionar los gastos del régimen público de Seguridad Social según las previsiones «programáticas» del texto constitucional. Una vertiente de ese alentado desplazamiento progresivo del sistema público hacia el régimen privado lo representa la tendencia sustitutiva específica de una parte de la hoy considerada Seguridad Social complementaria por prestaciones de origen privado y de naturaleza privada no integradas en el sistema público de protección social. Se trata del desplazamiento gradual de las Mejoras Voluntarias formalizadas en convenio colectivo por las prestaciones organizadas a través de los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo regulados en la LPFP que, quíerose o no, de futuro están llamados a sustituirlas (como igualmente se desplazan a las instituciones de previsión social y las Fundaciones Laborales, atendiendo al tratamiento fiscal que se les otorga a estas fórmulas alternativas de previsión privada (R.D. 1307/1988, de 30 de septiembre, Cap. IX; R.D. 2615/1985, de 4 de diciembre, art. 19).

4. *Carácter no salarial de las contribuciones y prestaciones de previsión (naturaleza previsoras de las contribuciones y prestaciones del sistema privado de pensiones)*

Parece que en un plazo estrictamente jurídico, la calificación de salario ha de ser rechazada con referencia tanto a las aportaciones del promotor como a las prestaciones concedidas a los trabajadores en aplicación del régimen de previsión normalmente complementaria. En el marco del sistema de previsión el salario como noción laboral cede el lugar a la «prestación de aseguramiento»³⁰, en el fondo, todo lo más, se podría decir que para los trabajadores los complementos de pensiones, constituyen prestaciones que forman parte de los **beneficios extrasalariales** y pueden considerarse como una forma de «salario diferido» o indirecto (o salario social), esto es, percepciones económicas que se perciben aplazadas a partir de la fecha del hecho causante de la pensión. Pero, en *ius strictum*, el llamado salario diferido no es salario en cuanto que no se trata de una contraprestación directa del trabajo por cuenta ajena. De salario diferido para referirse a las prestaciones de previsión del régimen privado sólo se puede hablar en sentido económico-social, como componente del pasivo de la empresa que retribuye el factor trabajo, siendo así parte del coste económico total del factor trabajo en cuanto elemento de la producción. Pero no puede hablarse de este «salario diferido» como remuneración directa, como contraprestación causal directa del trabajo que se realiza por cuenta ajena, pues la función económico-social que cumplen las aportaciones (técnica contributiva instrumental) y las prestaciones (medida protectora) es básicamente de carácter indemnizatorio o resarcitorio. En estos casos el Plan de Pensiones realiza una función indemnizatoria que atiende al defecto de ingresos ocasionado por la actualización de determinadas contingencias que generan en el individuo situaciones de necesidad pensionables.

Ello no obstante, las aportaciones empresariales y las prestaciones de los

Planes privados de pensiones pueden ser naturalmente objeto de negociación colectiva como beneficio extrasalarial de carácter social, teniendo en cuenta sobre todo el principio de libertad de contratación colectiva consagrado en nuestro sistema de relaciones laborales.

Lo cierto es que no parece, en términos generales, que las aportaciones imputadas (evidentemente el problema no se plantea tanto respecto de las aportaciones directas del empleado-partícipe, porque éstas en su cuantía ya formaron parte del salario actual del trabajador minorando directa e indirectamente el importe de su retribución) ni, por supuesto, las prestaciones otorgadas en el marco del Plan de previsión constituyen elemento o parte del salario (de la estructura legal del salario o retribución del trabajo). Debe reconocerse, no obstante, que es ésta una problemática de complejidad realmente estimable, por lo que parece aconsejable realizar un examen detenido de la misma. Metodológicamente, ante las vertientes funcionales económicas y jurídicas del salario, se ha de abordar el problema de la calificación relativa al carácter salarial o no de las percepciones económicas que reciben los trabajadores en el marco del Plan de previsión desde una doble perspectiva: La perspectiva técnico-jurídica, que nos remite obligadamente a la teoría jurídica del salario; y, en un segundo momento, la perspectiva fundamentalmente económica que requiere del reclamo de la construcción técnico-económica del salario (teoría económica del salario). Adviértase, inicialmente, en un plano realista, que las fronteras existentes entre la noción de salario en la ciencia económica y su configuración jurídica son con frecuencia imprecisas, puesto que, desde un ángulo exclusivamente material, el salario es una institución pluridimensional que interesa a diversas ciencias sociales (económicas y jurídicas) que inciden sobre un mismo objeto desde puntos de vista y finalidades, en principio, diversas; para las cuales, en definitiva, interesa aspectos diferenciados de una misma realidad social del salario (de un mismo fenómeno social) considerados desde perspectivas distintas.

1.º Perspectivas técnico-jurídica (teoría jurídica de la retribución del trabajo)

Conviene precisar inicialmente, como punto de partida, que en el sistema positivo de los Planes de Pensiones es sumamente difícil (e, incluso, se podría decir que inexacto) escindir separadamente la obligación jurídica continuada del empleador de realizar las aportaciones imputadas a los empleados-partícipes del Plan de la obligación de satisfacer las prestaciones de previsión por el sistema privado de pensiones constituido; toda vez que las aportaciones económicas de los partícipes y las del promotor imputadas a éstos, precedentemente aludidas, están en términos de principio vinculadas a una finalidad previsora o provisional, en la medida en que son destinadas a crear un fondo «mutual» (sin personalidad jurídica) que permite la satisfacción de las prestaciones de previsión a las personas consociadas. Esta vinculación se asienta en una relación asociativa, formalizada a través

de un contrato colectivo o plurilateral de previsión de carácter asociativo (vid. supra Parte Primera). Tal conexión causal abogará por sí misma por efectuar un tratamiento jurídico unitario de los elementos aportación/prestaciones de previsión privada, en cuanto relaciones jurídicas básicas instrumentales e interrelacionadas dentro de una estructura jurídica de base mutualístico-solidarista entre los que forman parte del grupo protegido. No obstante, a fin de facilitar su análisis en orden a afrontar la solución del problema planteado, puede ser útil su descomposición puramente funcional para que su consideración aislada o atomizada arroje la luz suficiente que la propicie.

A) Las aportaciones imputadas como aportaciones de previsión

Las aportaciones realizadas por el empleador (promotor) al Plan imputadas a sus empleados-partícipes constituyen beneficios extrasalariales o de carácter social y no elementos o partes integrantes de la retribución o salario que ha de recibir el empleado en contraprestación causal recíproca del trabajo prestado por cuenta de aquél. Este aserto se fundamenta en el siguiente razonamiento:

La imputación de titularidad de las aportaciones del promotor al partícipe concernido no es de carácter «laboral o salarial», sino que, empero, es puramente instrumental a efectos tanto de su tratamiento fiscal como de su adscripción a un fin de provisión. En el plano de la fiscalidad, las aportaciones o contribuciones de los promotores requieren como *condictio iuris* para su deducibilidad fiscal que sean imputadas individualmente a cada partícipe del Plan de Pensiones (arts. 27 y ss. LPFP; arts. 63 y ss. RPPF, básicamente). La deducibilidad fiscal de las contribuciones del promotor imputadas al partícipe tienen el tratamiento de rentas o rendimientos del trabajo dependiente (art. 64 RPPF); pero en el fondo se trata meramente de una *imputación tributaria* (en consideración sobre todo a facilitar el tratamiento fiscal privilegiado conferido al entero sistema privado de pensiones) de las contribuciones de los promotores a los partícipes, en el sentido que cobra en los artículos 10.1 y 63.1 RPPF (en relación con los arts. 5 y 27 LPFP), que no adquiere relevancia jurídica salarial estricta, puesto que no sólo la causa última de su abono o ingreso es de naturaleza previsora (realizadas en vista de la constitución de un ahorro-pensión para cada partícipe, sea o no con carácter adicional a las aportaciones que efectúa directamente el empleado), sino que adjetivamente dichas contribuciones se adscriben indisponiblemente al Fondo de Pensiones que instrumenta técnicamente el Plan, precisamente porque también se realizan con miras a la actualización del evento temido: la situación pensionable. Pero la exigibilidad jurídica de los derechos económicos consolidados (de los derechos adquiridos) por cada partícipe (la posibilidad de su liquidez o percepción efectiva) se difiere hasta el momento en que sobreviene el hecho causante de las prestaciones en cualesquiera de sus formas (art. 8.5 LPFP; Cfr. art. 46.2,a) RPPF); no se reconoce un derecho al pago efectivo inmediato de

los derechos acumulados que le son atribuidos a los partícipes (Nótese que no es que esté limitada parcial o relativamente la disponibilidad con anterioridad al hecho causante de la pensión de los derechos consolidados adquiridos por los trabajadores, sino que éstos son, más ampliamente, absolutamente indisponibles por prescripción legal hasta la actualización de la contingencia determinante, o situación asimilada, del otorgamiento de las prestaciones de previsión indiferenciada).

Hasta tal punto es así que el art. 16.2 RFPF (relativo a las prestaciones de los Planes de previsión) haciendo referencia a las contingencias susceptibles de cobertura en un Plan de Pensiones y, en particular, la «jubilación o situación asimilable del partícipe» (prevista en el Plan) (ap. 2,a) dispone que «De no ser posible el acceso a tal situación, la prestación equivalente sólo podrá ser percibida a partir de que se cumplan los 60 años» y no antes! Con lo que, en definitiva, la situación de vejez es tomada en consideración como contingencia determinante de la protección, y, por otra parte, no se reconoce un derecho de rescate de las aportaciones y contribuciones (no reconocimiento del derecho de rescate que tiene una cierta trascendencia, que no debe ser exagerada, para la cuestión aquí examinada) y de los rendimientos atribuibles al partícipe, sino su mera satisfacción líquida una vez actualizado el evento temido o situación asimilada, legal o convencionalmente, tan sólo se reconoce (y en esto se revela también la utilidad jurídica práctica de la imputación instrumental de titularidad de las contribuciones del promotor a los partícipes) un derecho de transferencia o movilidad limitada interplanos de los derechos consolidados por cambio de empresa.

En conclusión, se puede estimar que la imputación de las contribuciones del promotor a los partícipes reviste, en principio, un carácter meramente instrumental respecto, por un lado, al tratamiento fiscal de dichas aportaciones o contribuciones económicas; y, por otro, en cuanto a la constitución del ahorro-pensión y procura de garantías de percepción futura de las prestaciones de previsión. Adicionalmente, la imputación de titularidad hace posible la mencionada transferencia (por cambio de empresa) de los derechos consolidados (incluyendo las contribuciones del promotor imputadas a los partícipes) durante la vida laboral activa del empleado, al mismo tiempo que garantiza las bases de legitimidad (el título jurídico-material de la participación) para que los empleados (en cuanto titulares de los recursos económicos del Fondo de Pensiones) obtengan una participación reforzada en el plano institucional tanto en el momento decisional como en el del control del sistema privado de pensiones de que se trate.

B) Las prestaciones del Plan de Pensiones como prestaciones de previsión privada

Si desde la perspectiva instrumental de las aportaciones que sostienen económicamente el sistema de previsión es corroborable que las contribuciones del promotor imputadas a cada partícipe no pueden considerarse

que forman parte o sean elemento del salario global percibido por éste, siendo reconducibles, tales contribuciones imputadas, a la categoría de los beneficios extrasalariales o de carácter social ex art. 4 in fine de la Orden de 22 de noviembre de 1973, con mucha mayor razón se ha de rechazar que las prestaciones (pensiones) otorgadas por los regímenes privados constituyan elemento de la remuneración total del trabajador. En efecto, las pensiones otorgadas por los Planes de Pensiones, no son salario, porque, en primer lugar, ni las abona el empleador (sino las instituciones privadas de previsión); en segundo lugar, de ordinario suponen que su percepción efectiva se produce sin estar ya vigente el contrato de trabajo; con lo que mal se compadecerá este hecho con la exigencia de que puedan darse en contraprestación del trabajo dependiente (aparte de que una proporción, deseablemente considerable, de la cuantía de la prestación será el resultado de rendimientos imputados de las inversiones realizadas por el Fondo correspondiente; cantidades económicas en cuya generación nada tiene que ver el empleador o empleadores (en este último caso, si hubo, como será lo normal, cambios de empresa durante período de vida activa del empleado). Tienen, finalmente, un carácter eminentemente sustitutivo/complementario de las rentas salariales percibidas en activo, quedando acentuado, así, el carácter resarcitorio o indemnizatorio (función de sustitución) del otorgamiento y percepción de las prestaciones del Plan. Subraya esta caracterización de prestaciones de previsión, que tienen las pensiones que suministran los Planes privados, su vinculación causal con la ocurrencia de la situación pensionable tenida en cuenta en el acuerdo de previsión (vid. art. 16.2,a) RFPF), de manera que la exigibilidad jurídica de las prestaciones sólo es posible diferidamente en la fecha en que sobreviene el hecho causante de las pensiones de previsión, las cuales, en cuanto medidas protectoras, atienden a la provisión individualizada de los medios económicos que compensen el defecto de ingresos producidos por la actualización del evento temido.

El carácter de prestaciones de previsión que tienen las pensiones otorgadas por los Planes autoriza a que sean excluidas del concepto legal de salario, haciendo el pertinente reclamo de las exclusiones normativas contenidas en el art. 4 de la Orden de 22 de noviembre de 1973, sobre Ordenación del salario (repárese, significativamente, que esta disposición excluye también de los conceptos salariales a las Mejoras Voluntarias a cargo del empleador).

De todo lo expuesto, se infiere, pues, que tanto las contribuciones del promotor imputadas a los partícipes, como las prestaciones de previsión otorgadas por el régimen privado de pensiones, quedan fuera del concepto legal de salario, a tenor de lo preceptuado en el aludido art. 4 de la Orden de 22 de noviembre de 1973, que excluye de la noción jurídica de salario las percepciones económicas o prestaciones de carácter social o con fines de protección social. Respecto de las aportaciones imputadas es de realzar, que su encuadramiento jurídico no será el correspondiente a los conceptos retributivos del trabajo ex art. 5 del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre Ordenación del salario, dentro de la estructura global de la retribu-

ción, sino el de las percepciones de carácter social o de finalidad previsora, excluidas del concepto legal de salario por obra del citado art. 4 in fine de la Orden de 22 de noviembre de 1973 (dentro de la amplia configuración que este precepto realiza respecto a las percepciones extrasalariales).

Esta construcción, atomista, demostrativa del carácter de previsión de las obligaciones respectivas de contribuir al sostenimiento del sistema y la procura de prestaciones a los sujetos protegidos, es sustancialmente coherente con el principio de contributividad en que se asienta el sistema de previsión, cuya apreciación resulta más fácil en una consideración unitaria de las contribuciones y de las prestaciones que, respectivamente, permiten el sostenimiento financiero y la realización del fin social del sistema protector. En relación a ello, resulta evidente la existencia de una interdependencia (otra cosa, como se verá, es que no exista en los Planes de Pensiones, una propia relación sinalagmática entre aportación/prestación de previsión) entre la obligación de realizar las contribuciones imputadas a los partícipes y la satisfacción de las prestaciones de previsión por el régimen privado de pensiones, que justamente se encuentran unidas causalmente por un vínculo contractual colectivo o plurilateral de previsión (el Plan de pensiones como expresión de un acuerdo de previsión).

Se podrá aducir que sí se afirma que en la base del Plan existe una relación asociativa con fines de previsión, un contrato colectivo o plurilateral de previsión (fuente constitutiva de dicha relación), de carácter asociativo, la noción de sinalagma (genuina en los contratos de cambio) no cuadra en el marco de los regímenes de previsión estudiados, porque en ellos no existe propiamente intercambio: No hay una relación bilateral o plurilateral de cambio contractual (que implica reflejamente una contraposición preeminente de intereses de las partes del contrato) entre el sistema de previsión y los partícipes consociados, toda vez que no existe, en definitiva, una relación jurídica de seguro privado, sino de tipo prevalentemente mutualista no personificado (hecho que, por cierto, no afecta a la organización de las relaciones jurídicas de previsión con arreglo a los principios y estructuras mutualistas; ya que el atributo de la personalidad jurídica no es de esencia a la mutualidad, en tanto en la conformación de las relaciones jurídicas se aprecie el principio mutualista). Pero, sin desconocer la inexistencia de un auténtico sinalagma en el sistema de Planes de Pensiones, no se puede, empero, dejar de admitir la lógica existencia de una interconexión funcional de las aportaciones de los partícipes y las contribuciones del promotor con las medidas de previsión (las pensiones suministradas por el sistema privado), en cuanto que tales contribuciones y aportaciones económicas se hayan destinadas ab initio a crear un fondo mutual que permita la satisfacción de prestaciones de previsión a los copartícipes y beneficiarios del Plan.

Esto pone de manifiesto, desde la perspectiva jurídica considerada, el predominio de la función social de previsión respecto de la presencia de aparentes connotaciones salariales, sobre la base de los contratos de trabajo (con ocasión de los cuales se celebra el acuerdo colectivo de previsión en que consiste el Plan, y en virtud del cual se constituyen las relaciones

jurídicas de previsión del personal-partícipe), en las obligaciones contributivas y de prestación correspondientes a los regímenes privados de previsión (normalmente complementarios); éstas obligaciones no son dependientes funcionalmente de la dinámica de los contratos de trabajo, cobrando una relativa autonomía en su desenvolvimiento vital (lo que, evidentemente, no significa que no existe una interdependencia entre los contratos de trabajo y los regímenes de previsión profesionales).

2.º Perspectiva económica (teoría económica del salario)

Desde el plano económico, el salario o retribución del trabajo es caracterizado como un componente esencial de la **renta global o total del factor trabajo** en cuanto elemento personal del proceso productivo (de la actividad productiva). Dentro de la renta total del factor trabajo, en términos generales, se integra, efectivamente, la masa de salarios directos (que retribuyen directamente el factor trabajo y que son recibidos por los trabajadores de su empleador) y las prestaciones sociales o «salario social o indirecto» (también llamado «salario diferido»). Ambos componentes de las estructuras económica de las rentas del trabajo, apreciados en su consideración conjunta, remiten, en el ámbito de la teoría económica del salario, al precio del trabajo (de la fuerza de trabajo) como mercancía (cualificada o adjetivada, en esta perspectiva, por su carácter productivo, puesto que se convierte en objeto del tráfico negocial quedando realzado su valor de «cosa productiva» *sui generis*), y, por consiguiente, a su coste como factor de la producción³¹.

En esta ocasión conjunta de los componentes del coste global del factor trabajo será obligado hablar (en el plano de la ciencia económica, se insiste) de salario en sentido económico-social, en cuanto concepto comprensivo de la retribución o remuneración (único salario desde la perspectiva jurídico-técnica) y también las contribuciones (cotizaciones o aportaciones económicas) de Seguridad Social y de previsión social (pública o privada), y, asimismo, las prestaciones de previsión y Seguridad Social (entendidas éstas últimas como «salario diferido»; haciendo notar en relación al llamado «salario diferido», que es una noción por sí misma ambigua e imprecisa pudiendo ser utilizada tanto en sentido jurídico como en sentido económico o social).

Pero, desde el punto de vista del sistema jurídico-positivo vigente se debe rechazar que el llamado «salario social o diferido» o fórmulas similares remitan, en rigor, a conceptos jurídicos de carácter salarial, porque para el derecho positivo sólo es salario la retribución del trabajo, concebida como contraprestación fundamental a que viene obligado el empleador a cambio del trabajo que recibe (vid. STS. de 10 de mayo de 1963 (A/3550), quedando excluidas del concepto de salario aquellas percepciones económicas que o bien no se reciben del empleador; o bien, aún siendo abonadas por éste al trabajador su causa y función jurídica es, empero, distinta a la contraprestación del trabajo (en consideración a necesidades sociales o cir-

cunstancias diversas a la misma prestación de trabajo). En un plano general, las prestaciones o mejoras de carácter social de las que se viene hablando tienen una naturaleza jurídica indemnizatoria o compensatoria o de pura sustitución de rentas dejadas de percibir durante la vida activa; al margen, por supuesto, de que en su consideración económica se legítimamente entienda que forman parte, junto con la retribución, del coste total del factor trabajo. De manera que el llamado «salario social o salario de previsión» no es en el sistema jurídico-positivo un concepto salarial.

Desde la perspectiva individual, la solución no resulta esencialmente distinta, porque el salario aparece como una parte o proporción del coste individualizado de la fuerza de trabajo, es decir, mirando desde la perspectiva de la renta que percibe el trabajador individual, el salario representa una parte considerable de los ingresos que el trabajador recibe del empleador en compensación o a cambio del trabajo prestado.

En realidad, puede ser objeto de negociación colectiva no sólo la retribución estricta sino otras percepciones o prestaciones sociales que forman parte de la renta global del trabajo, tales como las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social, las contribuciones y prestaciones de los Planes y Fondos de Pensiones cuya financiación suele recaer primordialmente sobre el empleador. Pero que puedan, y de hecho será deseable que lo sean, ser objeto de contratación colectiva no implica que tengan la condición de salario, su naturaleza seguirá siendo, en principio (y sin inclusión legal constitutiva ad hoc en el concepto jurídico de salario), la de percepciones o prestaciones de naturaleza extrasalarial o de carácter social (cfr. art. 41 CE; 37 CE; y 85.1 LET; 21.3 y 181.2 LGSS).

Cuestión distinta, y que no tendría porque prejuzgar necesariamente su naturaleza extrasalarial, como ha sucedido en otros casos, es la de la eventual conveniencia de que las contribuciones del promotor (empleador) imputables a los partícipes pudieran gozar por aplicación analógica (de operarse a través de la técnica jurídica de las asimilaciones) de la protección legal del crédito salarial prevista en los artículos 32 y 33 LET. Lo cual no dejaría de ser ciertamente problemático, justamente por la naturaleza no salarial, sino indemnizatoria o resarcitoria respecto de circunstancias o necesidades sociales del trabajador (no dependientes de la prestación laboral misma), que tienen las contribuciones y prestaciones de previsión, por lo que parece difícil que puedan tener ni la consideración ni el tratamiento jurídico de crédito salarial estricto³².

II. Formalización jurídica de los Planes de Pensiones de empleo.

Consideración de las Fuentes Constitutivas u Originarias de esta modalidad de Planes de Pensiones

1. Planteamiento general

Los Planes de Pensiones del sistema de empleo, según se ha dicho, están caracterizados legalmente en razón de los sujetos constituyentes y en razón

de la existencia de una previa relación de servicios profesionales por cuenta ajena, bien regulados por el Derecho del Trabajo, o bien por el Derecho Administrativo, entre el sujeto promotor (empresario o empleador público) y los partícipes (trabajadores asalariados o funcionarios u otro tipo de empleados públicos) (art. 4.1.a, LPFP). Aparecen, además, configurados como una «modalidad de Plan de Pensiones» justamente en base a la cualidad de los sujetos constituyentes y en atención a los vínculos profesionales que ligan al promotor con los partícipes («sus empleados»).

Ahora bien, la condición jurídica de promotor del Plan de Pensiones del sistema de empleo sólo la ostenta el empresario o el empleador (art. 4.1.a, LPFP), únicamente se alude tangencialmente a la negociación colectiva como fuente originadora de la obligación empresarial de constituir el Plan de Pensiones para su personal empleado (art. 3.3, ut. párrafo del Reglamento de la LPFP). Conviene puntualizar al respecto, que todo Plan de Pensiones (cualquiera que sea su modalidad), y en particular los del sistema de empleo, presupone, de forma connatural, cierto acuerdo más o menos explícito entre la parte promotora y la colectividad —al menos— de los potenciales partícipes, porque la regulación legal requiere que éstos últimos se agrupen voluntariamente con el promotor con fines de previsión. Hasta tal punto es así, que la reglamentación jurídica del sistema de previsión obliga a que ambas partes (promotor, o promotores, y partícipes) formen parte conjuntamente de una Comisión Promotora, que será la que ha de instar la formalización definitiva del Plan de Pensiones correspondiente (Nótese, que la creación de la referida Comisión Promotora del Plan aparece como un requisito esencial la válida formalización jurídica del Plan de Pensiones). Pero lo que en modo alguno no queda garantizado es que en todo caso el Plan del sistema de empleo derive de los compromisos previamente contraídos en la negociación colectiva laboral; para la ordenación legal del sistema jurídico de los Planes bastará que se inste la formalización del Plan con el simple consentimiento directo de los potenciales partícipes ó a través de otras vías abiertas que permitan obtener un «acuerdo» entre los partícipes y el promotor, o el mero consentimiento válido equiparable a aquel (V.g., un referendun con la Plantilla de la empresa) de los potenciales partícipes.

Por paradójico que ello pueda suponer en un sistema de relaciones industriales que, como el nuestro, está marcado desde la perspectiva constitucional, por la presencia de la negociación colectiva en la ordenación de todo el terreno de las relaciones jurídicas existentes entre la dirección de la empresa y su personal (artículos 7,37.1 CE; 82 y 85.1 LET). Por ello se puede decir, que desgraciadamente estamos ante una normativa legal que, en términos generales, no promueve la negociación colectiva, en cuanto elemento integrante de la actividad sindical, en un campo social en el que genuinamente correspondería incentivar su participación por estar en juego la defensa de intereses colectivos de los trabajadores. No se está, pues, ante una legislación que siquiera se pudiera considerar de apoyo público indirecto a la actividad de los sindicatos acrecentando su papel en la regulación convencional (escaso es el llamamiento de la Ley a la autonomía

colectiva) de las relaciones de trabajo. Con ello se hace patente la continuidad de la óptima individualista ya observada que preside globalmente toda la arquitectura constructiva del sistema legal de estas fórmulas de previsión privada. Posición individualista que se corresponde cabalmente con ciertas orientaciones de la política social que contemplan con desconfianza manifiesta el control de las instituciones económicas y sociales por el sindicalismo.

De cualquier modo, siendo (en términos suficientemente generales) el Plan de Pensiones un acuerdo colectivo de previsión que en la modalidad del sistema de empleo involucra a un empleador con los trabajadores que prestan servicios en su empresa o establecimiento público, ello de por sí induce a reflexionar, con mayor detenimiento, en la posible intervención de la negociación colectiva (como medio de acción pacífica de la autonomía colectiva profesional reconocido a los sindicatos y asociaciones de empresarios en orden a la autorreglamentación de los intereses colectivos que están llamados a defender) en la instauración y definición de los sistemas privados de pensiones. Pero se ha de retener, de todo lo expuesto, que la regulación legal en vigor de los Planes y Fondos de Pensiones no obliga necesariamente a que la creación de un Plan de Pensiones del sistema de empleo derive de los compromisos contraídos por las partes de un convenio o acuerdo colectivo laboral previo entre el promotor (o promotores y sus trabajadores).

O dicho de otro modo, la organización jurídico-legal de los Planes de Pensiones deja la posibilidad de que exista una libre iniciativa del empleador-promotor ab initio del Plan en orden al establecimiento del Plan en cuestión; y, viene aquélla a admitir la eventual posibilidad de que su iniciativa fundacional originaria sea actuada obligatoriamente en ejecución de lo pactado en un convenio o acuerdo colectivo laboral que imponga preceptivamente la instauración de un Plan de pensiones para el personal empleado. En el caso últimamente contemplado, el acuerdo colectivo laboral sería, en la realidad jurídica, la expresión formalizada de la autonomía colectiva, la fuente jurídico-positiva originadora del Plan (acuerdo colectivo laboral sobre la ulterior formalización jurídica definitiva del Plan que será el mecanismo más plausible y frecuente de introducción en los centros de trabajo de estas modalidades de previsión privada). [A pesar de que se aprecia significativamente que la normativa-marco reguladora de estos sistemas privados de pensiones sólo hace una referencia explícita tangencial y marginal a la negociación colectiva en el art. 5.3, último párrafo del RPPF].

Se ha de destacar que tal y como está diseñada la mecánica fundacional de los Planes de Pensiones en la regulación legal, resulta un hecho innegable que en el vigente cuadro legal ordenador de los institutos jurídicos referenciados no queda asegurado el carácter pactado del Plan del sistema de empleo en el ámbito de la negociación colectiva, aunque cabe pensar, en orden a la efectividad real de la implantación de estos sistemas de previsión privada en las empresas, que en la práctica se acabará imponiendo como regla la intervención de la negociación colectiva tanto en relación a

su implantación como en lo que respecta a la definición de sus condicionamientos y contenido protector. Para promover el protagonismo de la negociación colectiva en los Planes puede ser de gran utilidad el soporte legal que representa el interés objetivo en negociar colectivamente el Plan si está interesado, como será frecuente, en constituir distintos subplanes integrando cada subplan a una parte del colectivo de la plantilla total, toda vez que en tal caso ello requerirá del presupuesto lógico-jurídico de que exista una previa diferenciación de aportaciones realizadas por el promotor y su imputación diferenciada a cada partícipe en base a criterios objetivos que ex lege deberán en todo caso «estar aceptados por la plantilla, como resultado de la negociación colectiva» (art. 5.3, último párrafo RPPF). En el fondo, con el precepto citado, el RPPF impone la necesidad de llegar a un acuerdo colectivo laboral (lógicamente en nuestro Derecho entre el empleador-promotor y la representación legal de los trabajadores en la empresa) como requisito condicionante para que se pueda válidamente producir una diferenciación de aportaciones realizadas por el promotor y, la admisibilidad jurídica de la existencia de distintas aportaciones y prestaciones para cada subplan, puesto que el criterio o criterios objetivos utilizados para la imputación subjetiva de las correspondientes aportaciones del promotor a cada uno de los partícipes «deberá estar —según el contenido preceptivo de la norma examinada— aceptados por la plantilla, como resultado de la negociación colectiva» (una forma ciertamente elíptica, la que utiliza el Reglamento, para expresar este requerimiento negocial).

La redacción normativa bien pudiera autorizar incluso que eventualmente el consentimiento sea directamente formulado por el colectivo de la plantilla, pero siempre que así fuese previamente acordado en la negociación colectiva para tales supuestos. Por ello sin esta «autorización» previa no será legalmente suficiente la aceptación directa de la plantilla para establecer una diferenciación en el tratamiento de la previsión del colectivo laboral. La *ratio legis* de la norma considerada no puede ser otra que la de garantizar el control colectivo, así como la determinación de los «criterios objetivos» de la diferenciación entre un mismo colectivo afectado por un único Plan, en una materia que por sí misma puede dar lugar a probables discriminaciones infundadas a través del trato desigual en las referidas aportaciones realizadas por el empleador. No es acertada la opinión expresada por algún sector de la doctrina³³ que entiende que el acuerdo negocial requerido para efectuar la aludida diferenciación se puede obtener al margen por completo de la negociación de los representantes legales de los trabajadores en la empresa, por estimar que dicho «acuerdo con los representantes del personal puede ser sustituido por el acuerdo (directo, si se habría de entender) con la totalidad de la plantilla». Lo que no parece correcto si se atiende, en primer lugar, a que el concepto técnico-jurídico válido en nuestro ordenamiento de «negociación colectiva laboral» no puede ser otro que el consado en el art. 37.1 CE, y todo lo más el más restringido garantizado en la legislación ordinaria contenido en el Título III LET.

De cualquier modo, en otro orden de ideas, es evidente que en un plano general la organización del Plan de Pensiones del sistema de empleo (sal-

vado el supuesto específico examinado que requiere de la negociación colectiva en el caso de que se pretenda hacer diferenciaciones entre las aportaciones del promotor) puede tener por hipótesis su origen solamente en la libre iniciativa del empleador-promotor o, en otro caso, en una acción conjunta de los sujetos de un convenio o acuerdo colectivo laboral que determina el compromiso en orden a su creación. En el primer caso, el acto de creación es facultativo mirado del lado del empleador; en el segundo, revestirá un carácter obligatorio en cuanto que el compromiso de implantación del Plan emana de un instrumento formal de expresión de la autonomía colectiva. No obstante, el procedimiento para la aprobación efectiva de un Plan de Pensiones será esencialmente el mismo en ambos casos, como sucede en las demás modalidades de Planes de Pensiones (Cfr. art. 23 RPPF). Lo que ocurre es, sencillamente, que en el caso de que la implantación del Plan derive del compromiso derivado de la negociación colectiva, está negociación colectiva habrá sido el «motor» impulsor del Plan (a la vez que instrumento colectivo delimitador de los términos de su contenido), pero ya desde este instante una vez que después se acciona el mecanismo legal previsto para la instauración del sistema de previsión privada allí comprometido, el cauce procedimental para su creación se independiza parcialmente del instrumento colectivo que motivó su implantación, quedando sometidas las partes al cumplimiento de un trámite de aprobación del Plan que está muy formalizado en la reglamentación legal.

2. La autonomía colectiva como fuente constitutiva eventual del Plan de Pensiones del sistema de empleo

Como es sabido, ya antes de la entrada en vigor de la LPFP los convenios colectivos podían instituir regímenes complementarios de protección social, tanto en el plano profesional como en el ámbito interprofesional. Prueba de ello era la propia admisibilidad legal de la negociación colectiva como marco regulador de la previsión social complementaria. En efecto, de conformidad con el art. 21.3 LGSS la protección social complementaria podrá ser «objeto de contratación colectiva» a través del cauce jurídico de las llamadas «mejoras voluntarias de la acción protectora del sistema de Seguridad Social» que «tiene el carácter de mínimo y obligatorio» (art. 21.1,3 LGSS). No obstante señalar la «publicación o cuasipublicación» del régimen jurídico de las prestaciones correspondientes a las mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social (art. 1.3 de la Orden de 28 de diciembre de 1966). Lo que sucedió es que de hecho se produjo una extensión del campo social de intervención de la negociación colectiva a través de una ampliación inusitada de la noción jurídica de mejora directa de prestaciones. El progresivo acrecentamiento del papel regulador de la negociación colectiva en la protección complementaria quedará refrendado en el art. 37.1 CE (en relación con el art. 41, último inc. CE) y por la propia configuración legal del contenido material posible de la negociación colectiva (art. 85.1 y Disp. Adic. 5.ª, párrafo 2.º LET).

En el momento presente, ha quedado dicho, que la regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones sólo de modo incidental refiere a la negociación colectiva como fuente posible de un Plan de Pensiones; negociación prevista reglamentariamente con carácter obligatorio si se quiere establecer criterios objetivos que permitan diferenciar las aportaciones del promotor (art. 5.3 RPPF). Ahora bien: esta previsión normativa no puede implicar una limitación del contenido posible que pueda ofrecer la negociación colectiva, hasta el punto de estimar que ésta «deba recaer exclusivamente sobre los criterios para diferenciar las aportaciones y no sobre los demás contenidos del Plan»³⁴, pues no se infiere del sistema jurídico-positivo vigente de los Planes y Fondos de Pensiones la existencia de límites materiales en el contenido de la negociación colectiva que vayan más allá del respecto estricto a las prescripciones del bloque de legalidad que organiza tales sistemas privados de pensiones. En tal sentido, el art. 5.3 LPFP tan sólo quiere decir que la negociación colectiva previa se erige en un presupuesto para el establecimiento de los criterios objetivos que hagan posible jurídicamente diferenciar las aportaciones del promotor imputadas a los partícipes, lo que acaba condicionando la creación de subplanes dentro de un mismo Plan. Pero si la partes sociales acuerdan en el marco de la contratación colectiva establecer un diseño completo de la estructuración, condiciones, límites y contenido del Plan ello será jurídicamente posible siempre que, como quiere el art. 85.1 LET, esto se realice dentro del respeto a la normativa estatal.

Es pertinente precisar, en otro orden de ideas, que en el estadio actual de nuestro derecho positivo, para la negociación colectiva los Planes de Pensiones privados se plantean como un mecanismo de encauzamiento alternativo de las medidas de protección social complementaria respecto al sistema legal vigente de las mejoras voluntarias de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social. La base legal de que un Plan de Pensiones del sistema de empleo pueda ser objeto de contratación colectiva se halla, como se ha dicho, no sólo en la LPFP, que lógicamente no lo prohíbe, e incluso, el RPPF lo admite explícitamente, sino más exactamente, en el principio general de libre contratación colectiva consagrado en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 85.1, 82.3 LET en relación con el art. 37.1 CE) y con referencia especial al art. 41, último inc. del texto fundamental, que proclama y garantiza que «las prestaciones complementarias (del «régimen público de la Seguridad Social») serán libres.

Se hace notar, igualmente, que el Plan de Pensiones del sistema de empleo puede ser organizado en el marco de la Administración Pública, siendo los promotores los organismos públicos correspondientes y sus funcionarios y/o el resto de los empleados públicos, los partícipes. El soporte legal para la implantación de Planes del sistema de empleo en la Administraciones Públicas radica no sólo en la propia regulación legal de los Planes de Pensiones (Véase, por ejemplo, el tenor literal de los arts. 3.1,a) y 4.1,a) LPFP), sino que también tal posibilidad es deducible del art. 41, último inc. CE y asimismo de la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del

personal al servicio de las Administraciones Públicas, la cual prevé diversos instrumentos jurídicos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, a saber: los «Acuerdos» y los «Pactos Colectivos» (que no tienen el valor jurídico-normativo de convenios colectivos) celebrados entre los representantes de la Administración Pública y las organizaciones sindicales más representativas y suficientemente representativas (art. 35 de la Ley 9/87, en relación con el art. 30 del mismo cuerpo legal). No parece que en principio, haya inconvenientes impositivos relevantes para que en dichos «instrumentos sociales o colectivos» (que han de ser homologados administrativamente en el caso de los «acuerdos», toda vez que por prescripción legal deberán ser «aprobados») pueda acordarse la ulterior implantación de un sistema privado de pensiones colectivas conforme a los términos pactados.

Ahora bien: admitido lo anterior interesa subrayar que la implantación de un Plan de pensiones que tenga su causa mediata en la negociación colectiva se puede plasmar por hipótesis en el resultado de esta a través de una instrumentación jurídica colectiva diversa. Así, el Plan de previsión complementaria puede tratarse de una parte más (una «cláusula o estipulación» convencional de carácter preceptivo) de un convenio de contenido material más amplio; o bien, en otro caso, el Plan de Pensiones colectivo puede ser como tal el objetivo central o exclusivo de un acuerdo colectivo de regulación de esta materia concreta (y, en consecuencia, de carácter monográfico o cuasimonográfico). En cualquier caso, es obvio que se estará ante una expresión formalizada de la autonomía colectiva negociada. Interesa, a nuestro propósito, hacer una referencia especial a la instauración de dichos Planes de pensiones en el cuadro de la negociación colectiva instrumentada y vehiculizada en los convenios o acuerdos colectivos de trabajo regulados en el Título III de la LET.

A) El Plan de previsión complementaria como «parte» del convenio colectivo de trabajo

Como ha sido frecuente en nuestro sistema de negociación colectiva, dentro del principio de libertad ex art. 85.1 LET, los convenios colectivos han establecido pactos sobre protección social complementaria, especialmente en base a la formulación legal ciertamente imprecisa que alude a las materias de índole «asistencial»³⁵. A partir de la LPFP, sobre todo, son distintos los cauces jurídicos para la introducción de medidas de protección social complementaria. Por un lado, se puede utilizar la vía tradicional de la Seguridad Social complementaria estricta, como autoriza expresamente el art. 21.3 LGSS; por otro, cabe elegir el cauce alternativo del sistema legal de los Planes y fondos de pensiones del sistema de empleo, en cuanto regímenes de previsión privada de pensiones no integradas en la acción protectora de la Seguridad Social, lo que como se ha dicho sitúa al mecanismo protector al margen del sistema público de pensiones, no adquiriendo en ningún caso la naturaleza de medidas jurídicas de Seguridad Social. La experiencia de nuestro país, a diferencia de lo que sucede en otros

países europeos, como es el caso singular de Francia³⁶, no conoce de la existencia específica de convenios colectivos de previsión social (cuyo objeto sea únicamente la regulación de esta materia concreta). La inexistencia de normas estatales que promuevan este tipo de acuerdos, incidirá probablemente en que se continúe con la práctica negociada tradicional de incorporar compromisos de previsión del personal en concretas estipulaciones o cláusulas convencionales insertas en el marco de un convenio colectivo de contenido material más comprensivo, surgiendo el acuerdo de previsión como una contrapartida de carácter social en favor de los trabajadores dentro de la negociación del coste global de la remuneración del factor trabajo. Es razonable imaginar que siga siendo éste el método utilizado para introducir el compromiso de creación de un Plan de Pensiones del sistema de empleo.

B) El Plan de previsión complementaria como «convenio o acuerdo colectivo de previsión»

Sin embargo, no se debe desconocer que igualmente al amparo de los artículos 82, 83 y 85 LET será jurídicamente admisible de que el resultado de la negociación colectiva sea un acuerdo o convenio colectivo de previsión del personal, cuyo único (o principal) objeto sea exclusivamente formalizar el compromiso de creación de un sistema privado de pensiones. Se trataría, por decirlo con mayor expresividad, del diseño de un acuerdo colectivo de contenido material monográfico en cuanto que referido prioritariamente a materias de índole previsional; experiencia ésta prácticamente inédita en nuestro sistema de negociación colectiva. No parece que existan en el derecho positivo vigentes obstáculos insalvables para que un Plan de pensiones del sistema de empleo sea el objeto exclusivo de un convenio o acuerdo colectivo de previsión de tales características funcionales.

Repárese, en relación a ello, que los instrumentos formalizadores del Plan de Pensiones derivado de la autonomía colectiva profesional pueden ser de diversa caracterización técnico-jurídica, pues es bien conocido que en nuestro sistema jurídico es posible la celebración de acuerdos interprofesionales que refieran también a la previsión colectiva: La vía jurídica de un acuerdo-marco «impropio» está abierta de hacerse reclamo del contenido preceptivo del art. 83.2 LET. La experiencia negociada conoce de la existencia general de tales acuerdos-marco «impropios»; y lo son en el sentido de que escapan de la previsión legal determinante de su contenido esencialmente estructural. Asimismo, es jurídicamente admisible pactar acuerdos interprofesionales sobre materias concretas que se destinen a la regulación exclusiva de aspectos de la previsión colectiva del personal, en cuyo caso el cauce será el previsto en el art. 83.3 LET, tratándose de acuerdos colectivos asimilables y verdaderos y propios convenios colectivos³⁷. Es importante subrayar que la celebración de estos grandes acuerdos interprofesionales puede ser, al tiempo, un instrumento muy útil —e incluso calificable de imprescindible— para llevar a buen término una coordinación, generalización u homogenización de los sistemas privados de pensiones com-

plementarias de tipo empleo, a través del deseable camino de la autorreglamentación negociada. Y ello parece conveniente por la ya apreciada ausencia en el nuevo sistema legal de pensiones privadas de instrumentos jurídicos e institucionales de coordinación de este tipo de regímenes de previsión privada. La autonomía colectiva negocial podría operar como un sustitutivo parcial de las insuficiencias detectables en la regulación estatal en la materia, dando entrada, por consiguiente, a un elemento «organizacional» interplanos, que está prácticamente ausente en el sistema legal de los Planes y Fondos de Pensiones.

En otro orden de ideas, una vez que se ha comprobado la posibilidad de que un Plan de Pensiones del sistema de empleo derive de los compromisos contraídos en el marco de la negociación colectiva surge, inmediatamente, la problemática planteada por la eficacia normativa personal generalizada atribuida *ex lege* a los convenios colectivos regulados por el Título III LET. Es pertinente poner de manifiesto que una de las características intrínsecas de todos los instrumentos jurídico-colectivos aludidos es su eficacia normativa personal generalizada en todo su ámbito de aplicación (arts. 82.3 y 83.3). [Aunque, por supuesto, nada impide que la previsión colectiva derive de lo pactado en convenios colectivos o acuerdos no regulados por la LET, según prevé el art. 82.3 LET]. Una aproximación inicial al sistema positivo pudiera llevar a admitir lógicamente que dada la obligatoriedad general atribuida a los convenios colectivos regulados por la LET las partes sociales acuerden que todos los trabajadores incluidos en su campo de aplicación queden, en principio, automáticamente incorporados al Plan de pensiones. Incorporación automática de los trabajadores al Plan que derivaría de la eficacia normativa *erga omnes* del convenio, lo que se podría entender que contradice la exigencia constitucional en el sentido de que las prestaciones complementarias han de ser libres, puesto que esta libertad remite al aspecto institucional del establecimiento del sistema de previsión complementaria, sin que en tales casos se requiera siempre de la adhesión individualizada del sujeto protegido en aras de garantizar la solidaridad del grupo de personas que integran el colectivo protegido en el marco de los regímenes de previsión de carácter profesional (es éste el caso de los Planes de pensiones del sistema de empleo).

Sin embargo, un análisis más atento de los sistemas positivos que regulan la negociación colectiva y los Planes de pensiones privados revela que la solución del problema es más compleja. Efectivamente, por un lado, la reglamentación jurídica general de los sistemas privados de pensiones reconoce expresamente un derecho de adhesión individual al Plan de pensiones, derecho que en consecuencia podrá ejercitar libremente (véase especialmente el art. 5.2 RFPF, según el cual el «empleo podrá ejercitar su derecho de adherirse al Plan». No obstante, sorprende que la LPFP no reconociera expresamente éste derecho de adhesión individual en los Planes del sistema de empleo, por lo que se puede reprochar al reglamento de la LPFP que ha incurrido en una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria). Por otro lado, la regulación legal del derecho a la negociación colectiva laboral realiza que el principio de libertad de contratación

colectiva está sujeto a los límites intrínsecos que se derivan, sobre todo, del juego del principio de jerarquía normativa consagrado en nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE; artículos 3.1 y 85.1 LET). De todo lo cual se infiere que los convenios o acuerdos colectivos deberán respetar en todo caso el derecho de adhesión individual al Plan de pensiones que la normativa legal reconoce a los potenciales partícipes de los Planes de Pensiones.

De cualquier modo, la experiencia jurídica ha demostrado la eficacia de las normas paccionadas de origen profesional para ser instrumentos aptos para canalizar la implantación de regímenes profesionales de previsión complementaria, siendo de esperar lo propio respecto a introducción de los sistemas privados de pensiones aquí considerados.

C) Calificación jurídica del sistema de previsión colectiva actuado a través de los Planes y Fondos de Pensiones

El sistema legal instaurador del nuevo régimen privado de pensiones no se puede, en modo alguno, calificar de Seguridad Social estricta, ni siquiera entendiendo que en nuestro ordenamiento jurídico-positivo la Seguridad Social conforma en forma predominante un sistema de previsión social evolucionado y perfeccionado. Los Planes y Fondos de Pensiones nada tienen que ver con la previsión social pública en cuanto que ésta es acción protectora de los poderes públicos de la inseguridad económica de los individuos frente a determinados riesgos o situaciones de necesidad jurídicamente relevantes. Cabe hablar, empero, respecto de los sistemas privados examinados, atendiendo a su configuración jurídico-positiva, de instituciones de previsión privada de carácter voluntario, pero en ningún caso de previsión social pública. Además, la construcción jurídico-constitucional de la Seguridad Social, ciertamente imprecisa y ambigua, viene significativamente referida al «régimen público» (art. 41 CE), como servicio público social y, en cuanto tal, sólo en el último inciso del art. 41 CE se precisa que «la asistencia y prestaciones complementarias serán libres», existiendo, así, una reserva constitucional de la misma noción de Seguridad Social referenciada siempre en el marco constitucional al sistema público considerado como servicio público que realiza la solidaridad general, integrando una actividad administración de prestación.

En definitiva, lo que mejor se adapta al texto constitucional es reservar la noción de Seguridad Social (en el sentido comprensivo de la asistencia, servicios sociales y previsión social)³⁸ al sistema público de protección social. Es inexacto hablar en sentido estricto de una Seguridad Social privada como contrapuesta a una Seguridad Social pública. Hacer referencia a una Seguridad Social pública es en el fondo incurrir en un planteamiento tautológico, puesto que la Seguridad Social es conceptualmente siempre una actividad estatal; y si se alude a una Seguridad Social complementaria todo lo más se comprenden los sistemas complementarios cuyas prestaciones surgidas a impulso privado se inserta automáticamente en el ámbito de la acción protectora del sistema público. De hecho, se insiste, explícitamente el texto constitucional cuando refiere al campo de la protección comple-

mentaria libre elude significativamente toda referencia a los términos Seguridad Social. De manera que si la protección complementaria libre está **parcialmente** integrada dentro del sistema público, se estará ante la «Seguridad Social complementaria» (Seguridad Social en cierto modo *sui generis*, por su relativa acomodación a la concepción estricta de la Seguridad Social como actividad genuinamente y estatal, debido al importante papel que se otorga a la iniciativa privada en la estructura de los sistemas complementarios), como sucede hoy en día con las Mejoras Voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Si, por el contrario, los sistemas complementarios voluntarios no están integrados en el sistema público —aunque se admita que lo completan en su acción protectora, se estará frente a la previsión privada, que no puede ser Seguridad Social, sino meramente un sistema protector, que otorga prestaciones de carácter privado, situado jurídica (y administrativamente) al margen del sistema de Seguridad Social. Así pues, no es técnicamente correcto, e induce a la confusión de conceptos básicos, referir a una Seguridad Social privada comprensiva de cualquier estructuración privada que instrumente un mecanismo de protección social complementaria; si cabría hablar de una Seguridad Social complementaria *sui generis* en el supuesto de que dicha protección se articule dentro del sistema público e incluso si surgida inicialmente a impulso privado sus prestaciones se insertan inmediatamente en el sistema de la Seguridad Social.

Nótese, que el carácter complementario que puede tener el sistema de Planes y Fondos de pensiones no puede significar en ningún caso la reconducción de sus prestaciones hacia la acción protectora de la Seguridad Social como, empero, si sucede en el caso completamente diverso de las Mejoras Voluntarias.

3. La implantación del sistema de previsión colectiva por «decisión unilateral del empleador (promotor). La exigencia implícita de un acuerdo con los potenciales partícipes del Plan

El sistema privado de pensiones examinado puede ser organizado exclusivamente por iniciativa del empleador al margen de todo compromiso previo contraído en el marco de la negociación colectiva en orden a su establecimiento. Se trataría de una proyección del poder directivo del empleador (y no de un deber jurídico) respecto al diseño de una determinada política de personal (y no sólo de «rentas»). Ahora bien: la participación de los interesados en la creación del Plan no está completamente ausente de la tramitación procedimental reglamentariamente exigida para la constitución de los Planes de Pensiones (procedimiento que, por otra parte, se caracteriza por un notable grado de formalización de todas las fases de formalización del mismo). Por una parte, se ha de recordar el carácter contractual de todo Plan de Pensiones (acuerdo de previsión), con lo que mal se estaría ante un negocio contractual si no se exigiera, siquiera sea implícitamente, la cooperación activa de todos los potenciales partícipes del mismo a fin

de perfeccionar el acuerdo negocial con fines de previsión del personal. Por otra parte, en la ordenación reglamentaria del procedimiento constituyente del Plan se establece que una vez que el promotor ha obtenido dictamen favorable de un actuario sobre la suficiencia del sistema financiero y actuarial, en que se fundamenta el proyecto de Plan, el «promotor instará la constitución de una Comisión Promotora del Plan de Pensiones con los potenciales partícipes» (art. 21.1 y 2 RPPF); procedimiento inserto en la mecánica del procedimiento fundacional de aprobación del Plan de Pensiones que ha de ser observado en todas las modalidades de Planes y para todo tipo de Planes de Pensiones del sistema de empleo al margen de cual sea la fuente originadora de la instauración del sistema. Nótese, la importancia de dicha Comisión Promotora del Plan, en la medida en que es a ella a quien se le encomienda (y responsabiliza) de la creación del Plan (art. 23.4 RPPF). De manera que la naturaleza contractual del Plan acaba imponiendo de un modo u otro —y sin perjuicio de la admisibilidad de la libre iniciativa unilateral originaria del empleador al respecto— el requisito de un acuerdo con los potenciales partícipes del mismo, no siendo en consecuencia exigible en este caso que haya existido un acuerdo con los representantes unitarios de todo el personal concernido, toda vez que el sistema legal regulador del instituto considerado no establece una tal exigencia.

Una vez que se ha formalizado el plan a instancia de la Comisión Promotora se ha de entender que los términos contractuales del Plan se incorporan al contenido de los contratos de trabajo respectivos de cada uno de los partícipes como condición más beneficiosa adquirida. De manera que si originariamente existió una libre iniciativa patronal —en cuanto que no condicionada por un compromiso previo derivado de la negociación colectiva— una vez requerido el consentimiento de los potenciales partícipes e instada la definitiva formalización del Plan acordado, es evidente que éste no puede ser modificado o alterado por decisión unilateral del empleador sino que, por el contrario, estará sometido a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

En otro orden de ideas, respecto al supuesto examinado (eventual implantación de un Plan de Pensiones por libre iniciativa —o acto de «liberalidad»— del empresario-promotor) se pueden plantear algunas interrogantes que han de ser resueltas:

a) Un primer problema se podría suscitar entorno a la financiación del Plan de previsión, ya que si bien es cierto que lo normal será que el empleador (promotor) sea el que cargue con la responsabilidad de realizar las aportaciones económicas para contribuir al sistema de previsión, pudiera pensarse en la posibilidad jurídico-lícita de que a los trabajadores partícipes se les exigieran aportaciones individualizadas, en cuyo caso un elemental respeto a la esfera de autonomía individual de cada trabajador (en nuestro caso) implicará que se requiera el consentimiento *ad hoc* y, por consiguiente, su adhesión a los términos contractuales del Plan (en particular de su forma de financiación); tanto más cuanto, en el supuesto hipotético analizado, la creación del Plan no deriva de los compromisos contraídos en el marco de una negociación colectiva previa a su constitución.

b) Por otra parte, se tendrá que convenir que de forma paralela a las actividades de seguimiento y control que se instrumenta a través de las correspondientes Comisiones de Control del Plan de previsión se reconozca la legitimidad de la representación unitaria de los trabajadores en la empresa para realizar una actividad de control sobre el sistema de previsión implantado —cuyo establecimiento, incluso, no derivó de los compromisos previamente contraídos en el marco de la negociación colectiva— por el empleador (especialmente en lo atinente a la verificación del cumplimiento de las obligaciones del empleador respecto al mantenimiento del Plan de previsión). El soporte legal de esta participación lo constituye el art. 64.1.9 LET, puesto que en el caso contemplado el Plan de pensiones no derivó de lo pactado en la negociación colectiva, sino de la libre iniciativa inicial del empleador dirigida a otorgar beneficios de carácter social a sus trabajadores, los cuales han de tener la consideración asimilada a «obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares», en cuya gestión deben participar los representantes legales de los trabajadores. Repárese en los Planes del sistema de empleo en el marco de las Administraciones Públicas que este derecho de participación en la gestión de las obras sociales se reconoce también a las Juntas y Delegados de personal en su calidad de órganos representativos y de participación de los funcionarios públicos (art. 9.8.º de la Ley 9/1987).

c) Finalmente, la calificación jurídica del sistema de pensiones, no obstante, no deja de ser la misma desde la perspectiva de la técnica de previsión, aunque su «régimen laboral» esté matizado («tintado») por la modalidad laboral de su implantación (dentro o fuera del marco de la negociación colectiva); pero el Plan siempre será esencialmente un acuerdo de previsión entre el promotor y los partícipes del Plan, y con una dinámica propia de desarrollo independiente del cauce concreto de implantación atendiendo al sistema legal consagrado en la regulación normativa de la materia. Y, por supuesto, tampoco puede integrar una hipótesis de Seguridad Social complementaria similar al régimen de las Mejoras Voluntarias; o, dicho de otro modo, la implantación del Plan de Pensiones del sistema de empleo por la libre iniciativa unilateral del empleador no constituye, como se ha dicho con anterioridad, una mejora directa de prestaciones de la Seguridad Social si en sistema de previsión adoptado es el previsto en la LPFP, situado por completo al margen de la Seguridad Social y, en particular, del régimen imperativo aplicable a las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social. Es este el sentido, y el real alcance, que debe tener la configuración legal privatista de las pensiones de los Planes de previsión: El de sustraerlas de la acción protectora del sistema público, marcando las diferencias con el régimen anterior de la Seguridad Social complementaria instrumentada mediante el régimen de las Mejoras Voluntarias, cuyas prestaciones nunca podían tener la consideración de estrictamente privadas, habida cuenta de que una vez establecidas se integraban automáticamente e *ipso iure*, a todos los efectos, en la acción protectora del sistema público (Orden 1966, art. 1.3).

NOTAS

1. Lo que no implica necesariamente que las «prestaciones complementarias» tengan carácter y régimen privado, porque en el plano jurídico-positivo no puede identificarse el término «libre» con «privado»; una interpretación de signo contrario puede llevar a la situación paradójica de entender que «lo público» no es «libre». Cfr. PALOMEQUE, M.C.: «Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud», en AA.VV.: «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución», Madrid, 1980, pág. 330; APARICIO TOVAR, J.: «La Seguridad Social y la protección de la salud», Madrid, 1989, págs. 112-116. En realidad, lo que se garantiza ex art. 41 CE es sencillamente la libertad de complementación voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social. El carácter voluntario de la implantación de estos nuevos regímenes de previsión voluntaria es coherente con su condición de instrumentos de previsión que satisfacen intereses fundamentalmente privados.
2. No hay duda respecto a que el precepto constitucional excluya el monopolio estatal de las medidas de protección complementaria. Pero ello no obsta a la posible concurrencia entre la iniciativa privada y la iniciativa pública en el sector de la protección complementaria, puesto que si para la iniciativa privada esta libertad se quiere fundamentar en el principio de libre empresa ex art. 38 CE, se ha de recordar que el art. 128.2 de la norma fundamental proclama la iniciativa pública en la actividad económica *sin límites constitucionales explícitos*. Sobre la inadmisibilidad de que los poderes públicos ejerzan un monopolio de la protección complementaria impidiendo la iniciativa privada en ese campo, véase: ALARCON CARACUEL, M.R.-GONZALEZ ORTEGA, S.: «Compendio de Seguridad Social», 2.ª ed., Madrid, 1987, pág. 52.
3. MARTIN VALVERDE, A.: «Las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social», Sevilla, 1970, págs. 50 y ss.; CASAS BAAMONDE, M.E.: «Autonomía colectiva y Seguridad Social», Madrid, 1977, págs. 246 y ss.
4. La regulación básica de los «regímenes complementarios» se contiene en las siguientes disposiciones normativas: Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, R.D. 1307/1988, de 30 de septiembre, Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones; Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado; R.D. 2615/1985, de 4 de diciembre, Reglamento de Entidades de Previsión Social; Orden de 9 de abril de 1987; que desarrolla el Reglamento de Entidades de Previsión precitado.
5. ALONSO OLEA, M.: «Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución», Madrid, 1982, págs. 121 y ss.
6. De conformidad con la noción jurídica general de interés colectivo formulada por SANTORO-PASARRELLI, F.: «Nociones de Derecho del Trabajo», trad. F. Suárez González, Madrid, 1963, pág. 19. Significativamente, a diferencia de lo que sucede en la LPFP, en la rt. 1.2 del R.D. 2615/1985, de 4 de diciembre de 1985, precisa que la voluntariedad de la afiliación a las Entidades de Previsión social, que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario, «se entenderá sin perjuicio de las formas de previsión complementaria que pudieran establecerse con carácter obligatorio a través de la negociación colectiva o de actos de autonomía corporativa de grupos profesionales». Lo que, en principio, es congruente con la posibilidad de que dichas Entidades de Previsión puedan gestionar las Mejoras Voluntarias, una de cuyas normales características es la eficacia colectiva personal. Esta posible gestión de Mejoras Voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social está prevista en los

- artículos 183.1 LGSS y 12.1 Orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se regulan las Mejoras Voluntarias de la acción protectora del régimen General de la Seguridad Social.
7. MORENO ROYES, F.; SANTINDRIAN ALEGRE, J.; FERRADO PIÑOL, A.: «Los Planes y Fondos de Pensiones. Comentarios al reglamento», Madrid, 1988, pág. 28.
 8. MARTIN VALVERDE, op. cit., págs. 50 y ss.
 9. ALONSO OLEA, M. (en colaboración con J.L. Tortuero Plaza): «Instituciones de Seguridad Social», 10.ª ed., Madrid, 1985, pág. 454.
 10. Desaparece en la redacción definitiva del Reglamento vigente, por recomendación del Consejo de Estado, la normativa muy controvertida contenida en el art. 5.5 del Proyecto de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, según el cual: «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».
 11. Cfr. ESCUDERO, R.: «Legislación noviembre 1988», RL., núm. 1 (1989), pág. 71.
 12. Vid. LAGARES CALVO, M.T.: «Problemas en la implantación de los Planes y Fondos de Pensiones», U.I.P., Santander, 1988 (Ejemplar monográfico).
 13. Vid. OIT: «La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000», Ginebra, 1984, pág. 144.
 14. Sobre el principio de primacía del Derecho Comunitario frente al Derecho Interno, Véase MUÑOZ MACHADO, S.: «El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea», Madrid, 1986, págs. 143 y ss.
 15. Cfr. MANSILLA, F.: «Fondos de Pensiones y Seguro», en AA.VV.: «Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones», Madrid, 1988, pág. 181.
 16. Cfr. BALANDI, G.G.: «Reflexiones institucionales sobre previsión social complementaria privada», R.L., núm. 23 (1988), págs. 11-12.
 17. Eficacia suplementaria (extrayendo, de entre las acepciones de este término, la cualidad o efecto de suplir que implica «integrar lo que falta en una cosa o remediar la carencia de ella», o aquella otra que viene a asimilarse a la complementariedad «cosa que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta»), y eficacia complementaria (recogiendo su significación etimológica general como «cosa, cualidad o circunstancia que se añade para hacerla íntegra o perfecta»). Vid. «Diccionario de la lengua española», Real Academia Española, vigésima ed., Madrid, 1984. Más adelante, no obstante, se harán algunas precisiones técnicas sobre el alcance exacto que puede darse al carácter complementario que pueden tener los Planes privados de pensiones.
 18. MARTIN VALVERDE, op. cit., págs. 52-53.
 19. MARTIN VALVERDE, op. cit., págs. 27-29. Cfr. CASAS BAAMONDE, M.E.: «Autonomía colectiva y Seguridad Social (Un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas)», Madrid, 1977, págs. 247-249.
 20. Véase MARTIN VALVERDE, op. cit., págs. 52; CASAS BAAMONDE, op. cit., pág. 275.

21. HEBERT, G.: «Los Fondos de Pensiones Voluntarios y sus relaciones con los sistemas obligatorios de la Seguridad Social», «XII Congreso Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», Madrid, 1988, pág. 58.
 22. Cfr. TAMBURI, G.: «Riflessioni ed esperienze internazionale su due temi di sicurezza sociali. Forme alternative di finanziamento e previdenza integrativa complementare», en Istituto Nazionale Della Previdenza Sociale: «Il Futuro del sistema pensionistico italiano», Roma, 1987, págs. 75 y ss., en particular, págs. 154 y ss.
 23. Repárese que el encuadramiento técnico-jurídico de 1 Planes y Fondos de Pensiones, aún tratándose sin sombra de duda de regímenes esencialmente complementarios, se sitúan en una posición ciertamente «intermedia» entre el sistema público de pensiones y el régimen especial del Seguro Privado; pero, en el fondo, la función institucional de los fondos de pensiones y, especialmente, su estructura técnico-jurídica (entramado de relaciones jurídicas que acoge) se asemejan y asimilan mucho más al esquema asegurativo (o mutualístico-asegurativo; adviértase que las Entidades Mutualistas de Previsión social han sido reconducidas dentro de la ordenación legal del seguro privado) privado que al esquema de organización jurídica de los regímenes legales de la Seguridad Social, tanto más si su gestión se realiza con ánimo de lucro, lo que ensombrece el carácter social de la previsión.
 24. RIVERO LAMAS, J.: «Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social», R.P.S., núm. 61, pág. 313.
 25. DURAND, P.: «La politique contemporaine de sécurité sociale», París, 1953, pág. 297; Ob.: «La política de la Seguridad Social y la evolución de las sociedades contemporáneas», Separata de la Revista Iberoamericana de Seguridad Social, núm. 3 (1953), págs. 30 y ss.; PEREZ BOTIJA, E.: «La Seguridad Social como servicio público», Madrid, 1964. Véase las observaciones de PERSIANI, M.: «El sistema jurídico de la previsión social», Est. Preliminar y trad. de J. Vida Soria, Madrid, 1965, pág. 139).
 26. VIDA SORIA, J.: «La asistencia social en el Ordenamiento de la Seguridad Social española», RT., núm. 21 (1968), pág. 72. Cfr. PERSIANI, op. cit., pág. 153.
 27. DURAND, P.: «La politique contemporaine...», op. cit., págs. 22 y ss., y pág. 55.
 28. Para corroborar las contradicciones *lege data* que podrían surgir de entenderse admisible el encauzamiento de las legalmente denominadas «Mejoras Voluntarias» a través del sistema legal de los Planes y Fondos de Pensiones, se ha de reparar no ya sólo en el régimen jurídico para ellas establecido en la LGSS, sino también en la ya de por sí amplísima interpretación de su alcance y configuración en las elaboraciones y construcciones jurisprudenciales, tanto en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Central de Trabajo. Una referencia casuística a esas elaboraciones jurisprudenciales —lo que excusa su cita aquí— sobre la caracterización de las Mejoras Voluntarias, en VALERA DE LA ESCALERA, S.: «Las Mejoras Voluntarias en el sistema de la Seguridad Social», DL, número monográfico sobre «Cuestiones laborales de actualidad en la jurisprudencia», Octubre, 1987, págs. 355 y ss.
- Las llamadas Mejoras Directas de Prestaciones no son, empero, propiamente Mejoras Voluntarias, aunque el derecho positivo les da, en principio, un tratamiento jurídico similar y, ni siquiera constituyen, probablemente, Seguridad Social complementaria [Vid. MARTIN VALVERDE, págs. 77-78; CASAS BAAMONDE, M.E.: «Autonomía colectiva y Seguridad Social (Un estudio sobre la contratación colectiva

en materias de Seguridad Social y conexas». Madrid, 1977, págs. 249 y 345]. Por otra parte, «la asimilación a todos los efectos» de las prestaciones correspondientes a las Mejoras con las prestaciones de la Seguridad Social no supone una equiparación total entre ellas, lo que se acentúa en el caso de las Mejoras Directas de prestaciones, respecto a las cuales se ha llegado a afirmar que «como regla general, tal equiparación será imposible», lo que exige matizar que la equiparación aludida «debe ser objeto de una interpretación matizada en función de cada una de las modalidades institucionales de mejoras voluntarias admitidas en el ordenamiento español» (CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, págs. 269-273 y 349-350). Planteamiento que es coherente con el entendimiento de que dichas Mejoras directas de prestaciones establecidas por las propias empresas son todo lo más una modalidad *ope legis* de mejoras voluntarias impropias según el sistema legal.

29. Es manifiesto que *hic et nunc*, en el estadio actual del sistema jurídico-positivo de las Mejoras voluntarias, el régimen de las Mejoras Voluntarias es en buena parte, como se ha dicho, incompatible con el sistema legal de los Planes y Fondos de Pensiones. Es cierto que hubiera sido necesaria la realización de reformas normativas que adaptasen el régimen jurídico general actual de las Mejoras Voluntarias con el sistema de Planes de Pensiones [acomodación o «conjugación» que incluso fue reclamada por ALMANSA PASTOR, J.M.: «Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones como instrumentos de Seguridad Social complementaria», en «Cuadernos de Mutualismo Social», núm. 3 (1985), págs. 5 y ss., en particular, pág. 11. Pero esta adaptación no se ha producido en absoluto, puesto que la entrada en vigor de la LPPF y de su Reglamento no ha supuesto la introducción de modificaciones del sistema jurídico vigente de las Mejoras Voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social]; con mayor exactitud, hubiera sido necesario clarificar el marco jurídico general, hoy desmembrado, de la protección social complementaria ex art. 41, *últ. inc.*, CE. Lo que debería implicar una reordenación del instituto de las Mejoras Voluntarias para acompararlo (o articularlo) con las recientes reformas operadas en el terreno del seguro privado y de los fondos de pensiones. Pero esto no ha sucedido así, y lo que ocurre es que simplemente el régimen legal estricto de la LGSS y normas concordantes en vigor no se acomoda al sistema legal de los Planes y Fondos de Pensiones. Conviene advertir, no obstante, que las Mejoras directas de prestaciones, en realidad no se ajustan al tenor literal, y sobre todo, a la finalidad institucional originaria de las Mejoras Voluntarias como instrumento de canalización jurídica de los esfuerzos voluntarios de previsión hacia el sistema prestacional público. Lo que podría inducir a pensar que en la práctica o de hecho algunos de los tipos de complementos de jubilación, por ejemplo, concertados hoy con las entidades aseguradoras, no tendrían muchos inconvenientes de canalización a través de los Planes de Pensiones. Pero, incluso en estos casos se requerirá una transformación o conversión de la prestación de «Mejora» a prestación de un «Plan de Pensiones», siempre que exista acuerdo entre al menos los promotores y partícipes concernidos.

En el fondo, la llamada Seguridad Social complementaria instrumentada por la vía de las Mejoras Voluntarias *stricto sensu*, eran originariamente Seguridad Social estricta, la iniciativa privada era puramente instrumental respecto a los fines del Estado, lo que quedaba reflejado en las limitaciones del instrumento protector y, especialmente, en la canalización jurídico-pública de sus prestaciones. La ausencia de obligatoriedad no podía entenderse tan relevante como para desconocer la acusada publicación de todo el sistema de las Mejoras Voluntarias y particularmente la reconducción *ex lege* de las prestaciones surgidas a iniciativa privada a la acción protectora del sistema público. Con todo ello quedaba realzado el papel preeminente de la intervención del poder público (e instrumental y adjetivo del Derecho Público)

en los mecanismos de protección social complementaria (no se olvide que en gran medida el sistema pretendía instaurar a modo de un «corsé» impuesto a la autonomía colectiva en la regulación de medidas de previsión social.

Se comprenderá que después de lo expuesto se ha de admitir que no toda medida de protección social complementaria que emane de la autonomía colectiva ha de tener la consideración jurídica hoy en día de Mejora Voluntaria de la Seguridad Social, como tampoco *per se* la ha de tener de medida derivada de un Plan de Pensiones. La calificación de la medida protectora dependerá lógicamente del cauce normativo seguido (o elegido) y de su acomodación efectiva a las reglas de derecho establecidas en la regulación estatal. De manera que las prestaciones complementarias de los Planes de Pensiones por el mero hecho de estar previstas (o derivar) de los compromisos contraídos en los acuerdos o convenios colectivos no se constituyen por sí mismas en Mejora Voluntarias tal y como está configuradas en nuestro sistema jurídico-positivo; como, viceversa, no toda prestación complementaria formalizada en convenio colectivo *per se* será reconducible al esquema jurídico, a la disciplina legal de los Planes de Pensiones. Así pues, las Mejoras Voluntarias no son la única variedad de protección complementaria que puede derivar de la negociación colectiva, aunque sí cabe afirmar que el sistema institucional de las mejoras Voluntarias (con la salvedad indicada respecto a las Mejoras directas, que no son dogmáticamente Seguridad Social complementaria estricta) sigue siendo la única variedad de Seguridad Social complementaria que existe en nuestro derecho positivo (Cfr. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, págs. 158-159), toda vez que las nuevas formas de protección social que con arreglo al sistema jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones puedan surgir serán encuadrables dentro del esquema privatístico de los «régimenes complementarios» profesionales o interprofesionales, de los que emanan medidas privadas de previsión y no instrumentos técnicos de protección jurídico-pública de Seguridad Social (ni tan siquiera por asimilación legal).

30. Vid. LYON-CAEN: «Le salaire», 2.^a ed., París, 1981, pág. 355; TEYSSIE, B.: «La mise en place de la protection sociale complémentaire et le droit du travail», D.S., número especial - 4.^o (1986), págs. 296 y ss., en particular, pág. 302.
31. Sobre la vertiente económica y social del salario, véase: DOBB, M.: «Salarios», trad. E. Martínez Adame, 3.^a ed., México, 1973, págs. 24 y ss., especialmente; TIANO, A.: «L'action syndicale ouvrière et la théorie économique du salaire», París, 1958; DE LA VILLA, L.E.-PALOQUE, M.C.: «Introducción a la economía del trabajo», Madrid, 1982, págs. 719 y ss., especialmente. En el plano jurídico la obra ya clásica de GUIDOTTI: «La retribuzione nel rapporto di lavoro», Milán, 1956, págs. 7 y ss., especialmente; BORRAJO, E.: «Configuración jurídica del salario (Notas para un Estudio)», RPS., núm. 50; ALONSO OLEA, M.: «Sobre la política de salarios y su evolución», AUH, XIX (1959); y las obras colectivas: Universidad de Madrid (Seminario de Derecho del Trabajo): «Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases», Madrid, 1971; Universidad de Valencia (Departamento de Derecho del Trabajo): «Estudios sobre la ordenación del salario», Valencia, 1976.
32. Adviértase que respecto a la Seguridad Social, las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo —conforme a lo establecido en el art. 96.2 LGSS— gozán en virtud del art. 90.2 LGSS de la consideración jurídica de crédito privilegiado por asimilación a la protección que el ordenamiento laboral otorga al crédito salarial, a pesar de que las prestaciones de Seguridad Social no forman parte, evidentemente, del salario (no entran dentro del concepto legal de salario). Esta asimilación puramente instrumental (preordenada al exclusivo fin de reforzar las garantías de satisfacción de las prestaciones) de aplicarse por la utilización de un razonamiento ana-

lógico (acudiendo, como aconseja DE CASTRO —«Derecho civil de España», Madrid, 1984, ed. facsimil, pág. 480— a la ratio de la semejanza de los supuestos analizados, y no tanto a su identidad efectiva, es decir, proyectando en el caso no regulado por la norma el principio que informe a una disposición legal reguladora de un caso semejante) permitiría, si acaso, todo lo más —y ello no carecería de utilidad jurídico-crítico— la extensión de los mecanismos de protección del crédito salarial ex art. 32 de la ley 8/1980, de 10 de marzo, a las prestaciones de previsión que debieran satisfacer los empresarios a su cargo, conforme a lo establecido en el número 2 del art. 96 de esta Ley, o por su colaboración en la gestión, y en su caso las Entidades gestoras y Mutuas Patronales en régimen de liquidación, tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando, al efecto, (y, por consiguiente, no para otras consideraciones distintas), del régimen establecido en el art. 59 de la Ley de Contrato de Trabajo» (Se hace notar que el art. 59 LCT aludía a la protección legal del salario como crédito singularmente privilegiado; ésta remisión del precepto debe entenderse hecha al art. 32 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo). La aplicación analógica de las garantías salariales a las contribuciones y prestaciones del Plan parece que de lege ferenda hubiera sido ciertamente oportuna, pero es conveniente matizar que se trataría en todo caso de una asimilación de carácter medial-instrumental y no estrictamente conceptual, realizada con la finalidad explícita de garantizar una más adecuada protección del interés de los trabajadores a la satisfacción de las prestaciones de previsión (o de los créditos en su favor conectados a los Planes de Pensiones). Sin embargo, los obstáculos en el plano del derecho positivo parecen difícilmente salvable, porque basta reparar en que las contribuciones y las prestaciones correspondientes al Plan de previsión no tienen en modo alguno ni la naturaleza jurídica de cotizaciones y de prestaciones de Seguridad Social ni tampoco naturaleza salarial jurídica de cotizaciones y de prestaciones de Seguridad Social ni tampoco naturaleza salarial, con lo que lege data no resulta procedente la aplicación extensiva del privilegio salarial. Ni siquiera en el sistema distinto de las Mejoras directas de las prestaciones de la Seguridad Social la doctrina jurisprudencial ha entendido procedente la aplicación del art. 32.5 LET (Vid. STCT, Sala 4.ª, 4 enero 1989, AL, n.º 11, 1989).

33. Cfr. MORENO ROYES et altri, op. cit., pág. 55; LAGARES, op. cit.
34. Cfr. MORENO ROYES et altri, op. cit., pág. 98.
35. Tales cláusulas o pactos colectivos de previsión del personal empleado se insertarían en los convenios como parte integrante de su contenido normativo; tratándose, más exactamente, de estipulaciones o «cláusulas de contenido económico-social» de los convenios colectivos de trabajo. Sobre estas «cláusulas de contenido económico-social», véase RIVERO LAMAS, J.: «La contratación colectiva en el Derecho español», RPS, núm. 105 (1975), págs. 5 a 36, en particular, pág. 23.
36. Respecto al Derecho francés, consúltese el Número Monográfico Especial - 4.º (1986) de la revista Droit Social. El Número Monográfico de Cuadernos de Mutualismo Social, n.º 4 (1986).
37. Estos convenios colectivos de previsión serían en rigor convenios colectivos especiales, toda vez que no tendrían por objeto la regulación propiamente de las condiciones de trabajo, sino la creación, en cambio, de institutos y relaciones jurídicas de previsión entre el empleador (promotor) y sus trabajadores afectados. Con lo que dichos convenios escapan de la función económico-social genuina que el ordenamiento atribuye a la figura del convenio colectivo-tipo, regulador directo de condiciones de trabajo relaciones con el trabajo dependiente, pero cuyo desarrollo se fin-

damenta en la expansión del contenido de la negociación colectiva y en la comprobada eficacia del convenio colectivo como instrumento jurídico-privado para la introducción de medidas de previsión colectiva del personal de la empresa. La experiencia, por otra parte, más acabada de este tipo de convenios o acuerdos colectivos de previsión del personal se halla probablemente en Francia, véase una exposición general sobre la situación actual de los regímenes complementarios profesiones (o interprofesionales) o de empresas en el Número Monográfico de Cuadernos de Mutualismo Social, núm. 4 (1986).

38. Vid. VIDA SORIA, «La Seguridad Social en la Constitución de 1978», cit., pág. 108.